



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

... Str. Stavropoleos nr.6, ... România, CP 030084, CIF 20329980,
Tel. +4 021 3104641, Fax. +4 021 3104642, www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 266 din OUG nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. ... / ... / / ...

Data: ...

Prin contestația nr. ... din ... înregistrată la C.N.S.C. sub nr. ... din ... depusă de către ... cu sediul în ... str. înregistrată la Oficiul Registrul Comerțului sub nr. ... având CUI, reprezentată prin presedinte - ... împotriva documentației de atribuire emisă de către ... (.....), cu sediul în în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de servicii de „**Elaborare Studiu de Fezabilitate pentru Autostrada**”, coduri CPV 71241000-9 - Studii de fezabilitate, servicii de consultanță, analize (Rev.2), 71322500-6 - Servicii de proiectare tehnică pentru infrastructura de transport (Rev.2), se solicită admiterea contestației și:

1. Constatarea, ca fiind abuzive și nelegale, clauzele contractuale și cerințele autorității contractante din cadrul documentației de atribuire.

2. Obligarea autorității contractante să remedieze documentația de atribuire în sensul celor evocate în motivarea contestației și să stabilească o nouă dată de depunere a ofertelor cu respectarea art. 71 din OUG 34/2006, sau, în cazul în care remedierea documentației de atribuire nu este posibilă, dispunerea anulării procedurii de atribuire.

3. Dispunerea măsurii provizorii de suspendare a procedurii de atribuire până la soluționarea contestației, constituindu-se dosarul nr. ...2014.

Pe rolul Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor a fost înregistrată sub nr. ... din ... contestația nr. ... din ... depusă de către ... cu sediul în înregistrată la Oficiul Registrul Comerțului sub nr. ... având CUI ... reprezentată prin ... împotriva documentației de atribuire emisă de către ... (.....) în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, solicitându-se:

- în principal, obligarea autoritatii contractante la adoptarea măsurilor de remediere privind prevederile abuzive și nerealiste din cadrul contractului și a caietului de sarcini;

iar,

- în subsidiar, în cazul în care se apreciază ca imposibilă adoptarea măsurilor de remediere, de către autoritatea contractantă, dispunerea anulării procedurii de atribuire, constituindu-se dosarul nr. ...

Prin contestația înregistrată la C.N.S.C. sub nr. ... din ... depusă de către ... cu sediul în ... str. înregistrată la Oficiul Registrul Comerțului sub nr. ... având CUI ... reprezentată prin împotriva documentației de atribuire emisă de către ... (.....), autoritate contractantă în cadrul procedurii de atribuire a contractului de servicii de **„Elaborare Studiu de Fezabilitate pentru Autostrada**”, se solicită:

- Anularea anuntului de participare publicat în SEAP sub nr. ...

- constatarea caracterului restrictiv și disproporționat al unor cerințe/prevederi din cadrul fișei de date și din cadrul documentației de atribuire (caietul de sarcini și contractul);

- obligarea autoritatii contractante de a proceda la refacerea fișei de date și a documentației de atribuire (caietul de sarcini și contractul) aferente procedurii de achiziție publică pentru atribuirea contractului conform celor indicate în cadrul contestației, în așa fel încât acestea să nu mai aibă un caracter restrictiv și disproporționat;

- obligarea autoritatii contractante la reluarea procedurii de achiziție publică pentru atribuirea contractului pe baza respectivei fișe de date și a documentației de atribuire refacută,

constituindu-se dosarul nr. ...

Prin contestația nr. ... din ... înregistrată la Consiliu sub nr. ... din ... depusă de către ... cu sediul în înregistrată la Oficiul Registrul Comerțului sub nr. .., având CIF ... atribut fiscal RO, reprezentată prin împotriva documentației de atribuire emisă de către ... (.....), în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, se solicită:

- admiterea contestației;

- remedierea documentației de atribuire și stabilirea termenului în care autoritatea contractantă are obligația executării deciziei pronunțate;

- prelungirea termenului de depunere a ofertelor;

- suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației,

constituindu-se dosarul nr. ...

Prin contestația nr. ... din ... înregistrată la Consiliu sub nr. ... din ... depusă de către ... cu sediul în ... str. înregistrată la Oficiul Registrul Comerțului sub nr. ... având CUI RO ... reprezentată prin împotriva documentației de atribuire emisă de către ... (.....), în cadrul procedurii de atribuire a contractului de servicii de **„Elaborare Studiu de Fezabilitate pentru Autostrada**”, se solicită:

- constatarea caracterului abuziv, nelegal și restrictiv al anumitor cerințe și clauze din cadrul fișei de date a achiziției și documentației de atribuire;

- constatarea caracterului abuziv al criteriului de atribuire "*pretul cel mai scazut*", in conditiile in care cea mai mare parte a activitatilor ce urmeaza a fi executate nu pot fi evaluate si specificate in propunerea financiara;

- obligarea autorității contractante sa ia masurile de remediere necesare prin refacerea fisei de date a achizitiei si a documentatiei de atribuire, prin eliminarea/modificarea cerintelor si clauzelor abuzive si disproporționate;

- obligarea autorității contractante sa anuleze procedura de atribuire si sa reia procedura de achizitie publica pentru atribuirea contractului pe baza fisei de date a achizitiei/documentatiei de atribuire modificata conform celor solicitate;

- dispunerea măsurii provizorii de suspendare a procedurii de atribuire până la soluționarea contestației, constituindu-se dosarul nr. ... /2014.

Prin adresa nr. 45 din ... înregistrată la Consiliu sub nr. 15492 din 16.05.2014, ... a solicitat conexarea tuturor contestațiilor formulate de către operatorii economici împotriva documentației de atribuire, cu referire la cele formulate de către precum și orice alte contestații care nu i-au fost aduse la cunoștință de către autoritatea contractantă, cu mențiunea că respectiva societate ***înțelege să se asocieze la toate contestațiile formulate împotriva documentației de atribuire, conform cererii proprii constituită de contestația înregistrată în data de 15 mai 2014.***

În aplicarea dispozițiilor art. 273 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, pentru a se pronunța o soluție unitară, Consiliul conexează dosarele susmenționate.

În baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Admite excepția tardivității contestațiilor depuse de către ... și, respectiv, ... invocate de autoritatea contractantă și respinge, ca tardive, contestațiile formulate de ... cu sediul în ... str. și, respectiv, ... cu sediul în ... str. în contradictoriu cu ..., cu sediul în

Admite, în parte, contestațiile depuse de ... cu sediul în și ... cu sediul în ... str. și, în tot, contestația depusă de către ... cu sediul în toate formulate în contradictoriu cu, cu sediul în

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 11 zile de la primirea prezentei decizii, să procedeze la remedierea documentației de atribuire, termen în care autoritatea contractantă va aduce la cunoștința tuturor operatorilor economici interesați modificările intervenite în cuprinsul documentației de atribuire, prin publicarea acestora în SEAP.

Respinge, ca nefondate, capetele de cerere din contestațiile depuse de ... și ... de anulare a procedurii de atribuire.

Dispune continuarea procedurii de atribuire cu prelungirea, cu 10 zile, a datei limită de depunere a ofertelor, calculate față de data publicării măsurilor de remediere a documentației de atribuire.

Admite, în parte, cererea ... de asociere la *toate contestațiile formulate împotriva documentației de atribuire*, doar în ceea ce privește cererile și criticile admise din contestațiile depuse de către ... și ...

Respinge, ca inadmisibile, cererile și criticile formulate de aceeași contestatoare care exced celor admise din contestațiile susmenționate.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii, se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare.

MOTIVARE

În luarea deciziei, s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația nr. ... din ... înregistrată la C.N.S.C. sub nr. ... din critică documentația de atribuire emisă de către ... (.....), autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de servicii de „**Elaborare Studiu de Fezabilitate pentru Autostrada**”, solicitând admiterea contestației și:

1. Constatarea, ca fiind abuzive și nelegale, clauzele contractuale și cerintele autorității contractante din cadrul documentației de atribuire.

2. Obligarea autorității contractante să remedieze documentația de atribuire în sensul celor evocate în motivarea contestației și să stabilească o nouă dată de depunere a ofertelor cu respectarea art. 71 din OUG 34/2006, sau, în cazul în care remedierea documentației de atribuire nu este posibilă, dispunerea anulării procedurii de atribuire.

3. Dispunerea măsurii privitorii de suspendare a procedurii de atribuire până la soluționarea contestației.

În argumentarea cererilor sale, ... menționează că, la data de 01.05.2014, autoritatea contractantă a inițiat procedura de achiziție publică în vederea atribuirii contractului având ca obiect „**Elaborarea Studiului de Fezabilitate pentru Autostrada**”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ...

Prin obiectul său principal de activitate și experiența profesională deținută în domeniu, fiind interesată de participarea la respectiva procedură, petenta susține că, în urma studierii fișei de date a achiziției și a documentației de atribuire, a constatat un număr foarte mare de cerințe nelegale și clauze contractuale abuzive, care, în opinia sa, afectează în mod grav, atât procedura de atribuire, cât și viitoarea executare a contractului de achiziție publică.

Sintetizând, petenta ... susține că, prin clauze și proceduri nelegale și abuzive prevăzute în documentația de atribuire, sunt generate următoarele consecințe:

- autoritatea contractantă impune executarea unui proiect complex într-un termen exagerat de scurt, ce echivalează practic cu neexecutarea obligațiilor contractuale de către Prestator;

- autoritatea contractanta incalca flagrant dreptul Prestatorului de a incasa Pretul Contractului, in cuantumul ofertat;
- autoritatea contractanta incalca flagrant dreptul Prestatorului de a incasa Pretul Contractului in termenele maximale impuse de legiuitor prin Legea nr.72/2013, ce transpune Directiva 2011/7/UE a Parlamentului European și a Consiliului;
- autoritatea contractanta incalca flagrant dreptul Prestatorului de a primi dobanzi penalizatoare asa cum sunt acestea stabilite prin Legea nr.72/2013;
- autoritatea contractanta incalca flagrant dreptul Prestatorului de a solicita despagubiri pentru pierderile sau prejudiciile suferite;
- autoritatea contractanta impune Prestatorului riscuri care nu sunt rezultatul culpei/vinei acestuia, riscuri imposibil de cuantificat in faza de ofertare, cu obligatia Prestatorului de a renunta la orice pretentie de costuri suplimentare sau de a solicita despagubiri pentru pierderile sau prejudiciile suferite;
- autoritatea contractanta dobandeste dreptul de proprietate exclusiva asupra tuturor documentatiilor elaborate de Prestator "pe masura ce acestea sunt produse", Beneficiarul avand dreptul de a le "utiliza, publica, cesiona, ori transfera asa cum va considera de cuviinta" independent de efectuarea platilor datorate Prestatorului.

În concret, petenta grupează criticile pe secțiuni ale documentației de atribuire, astfel:

I. Privind clauze contractuale pe care contestatoarea le consideră abuzive:

1. Procedura de receptie a serviciilor, conditionata de verificarea si receptia tuturor documentelor fiscale justificative ce stau la baza costurilor inregistrate de Prestator, este considerată de către petentă nelegala si abuziva, sens în care petenta invocă și citează, din proiectul de contract: art. 26.2., art. 26.5. alin.(2), art.27.1., iar din caietul de sarcini pct.III litera A, Anexa 3 „Livrabile”, susținând că documentatia de atribuire conditioneaza plata de o dubla procedura de verificare si receptie, considerată abuziva si nelegala, deoarece Studiul de Fezabilitate Final nu va fi considerat aprobat daca autoritatea contractanta nu aproba si toate si orice cheltuieli/costuri inregistrate de Prestator pentru executarea acestor servicii.

Astfel, în opinia petentei, se încalcă art.6 alin.1 lit.c) din Legea nr. 72/2013 privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante, ce transpune Directiva 2011/7/UE a Parlamentului European și a Consiliului, prin se reglementează faptul că autoritățile contractante execută obligația de plată a sumelor de bani rezultând din contractele încheiate cu profesioniști cel târziu la 30 de zile calendaristice de la receptie sau verificare.

Invocând obiectul contractului constituit de servicii de proiectare, arhitectura, inginerie, consultanta si servicii de testare si analiza tehnica, cu o valoare estimata de 32.483.758 lei, fara TVA, petenta susține că

pentru a putea verifica chitante/facturi/bonuri pentru o suma de 32.483.758 lei, fara TVA, este necesara o perioada foarte mare de timp, fiind aproape imposibil de determinat cu exactitate in ce masura toate aceste cheltuieli au fost, sau nu, alocate respectivului contract prin raportare la toate contractele si activitatile in care este implicat Prestatorul. Ca urmare, in temeiul art. 27.8 din Contract, autoritatea contractanta poate suspenda plata pe o durata nedeterminată, în opinia petentei, fiind nelegală, abuziva si ne fezabilă verificarea si receptia unor asa-zise Rapoarte Financiare si plata pretului numai dupa verificarea / receptia și a tuturor documentelor justificative pentru fiecare articol/cost/cheltuială, petenta evocând și o exemplificare de cheltuieli ale prestatorului care ar trebui acoperite pe timpul prestării serviciilor.

2. Contestatoarea susține că lipsa obligatiei de plata a serviciilor executate la data platii tine de vointa arbitrara a autoritatii contractante (debitorul obligatiei de plata), sens în care invocă art. 27.7 și art.26.2. din contract, în legătură cu care afirmă că ramane la latitudinea discretionara a autoritatii contractante cand si daca emite aprobarea rapoartelor/documentelor, desi nu a avut obiectiuni fata de acestea, dispozitii care, în opinia sa, echivaleaza cu o conditie pur potestativa din partea celui care se obliga ("ma oblig daca vreau"), respectiv cu lipsa intentiei autoritatii contractante de a se obliga sa efectueze plata serviciilor executate, contrar dispozițiilor art.6 alin.2 din Legea 72/2013.

Față de cele relevate, petenta solicită eliminarea clauzelor abuzive din documentatia de atribuire si dispunerea masurilor necesare de remediere, în sensul includerii, în documentație, a prevederii: „a) *plata serviciilor executate in termen de maxim 60 de zile de la receptia acestora; b) procedura de verificare si receptie sa nu depaseasca 30 de zile de la data primirii serviciilor executate, serviciile considerandu-se receptionate in cazul in care in termenul de 14 zile de la primirea acestora Beneficiarul nu comunica Prestatorului motive intemeiate de respingere*”.

3. Petenta critică lipsa dobanzilor penalizatoare in cazul in care Beneficiarul nu isi executa obligatiile de plată, sens în care sunt invocate clauzele impuse prin art. 27.8 și art.27.9 din Contract, considerate a fi impuse cu încălcarea art.14 alin.1 lit.a) din Legea 72/2013.

4) ... critică prevederile referitoare la suspendarea nelegala a platilor de catre Beneficiar astfel cum aceasta este prevăzută la art. 31.3. și art. 31.6. din proiectul de contract, considerând nelegală si abuzivă suspendarea platilor datorate Prestatorului pentru serviciile prestate ca urmare a suspendarii contractului - indiferent de motive - de catre autoritatea contractanta.

5) Contestatoarea consideră că, prin documentația de atribuire, autoritatea contractantă recurge la restrangerea artificiala a dreptului de subcontractare, sens în care invocă și redă clauzele impuse prin art. 8.13 din contract, susținând că impunerea ca „*In situatia în care este necesară înlocuirea unui subcontractant, Prestatorul are obligatia de a nu încheia un nou contract de subcontractare cu niciunul/oricare dintre ofertantii declarati necâștigători/terții sustinători/subcontractantii*

acestora în cadrul procedurii de atribuire" este abuziva si restrictiva, mai ales ca Prestatorul nu detine informatii despre subcontractorii sau tertii sustinatori ai celorlalti ofertanti declarati necastigatori, iar autoritatea contractanta nu are in vedere ca in anumite domenii specifice de activitate din aria complexa a proiectului serviciile pot fi executate doar de cativa prestatori autorizati si, ca urmare, subcontractorii ce pot fi contractati fie sunt foarte putini, fie au exclusivitate, exemplificând cu serviciile de proiectare pentru retele electrice de joasa si medie tensiune față de care sucursalele Electrica au exclusivitate, studiile arheologice pentru care cele mai calificate entitati sunt muzeele judetene din arealul traversat de proiect etc.

Pentru cele arătate, petenta solicită obligarea autoritatii contractante sa elimine art. 8.13 din Contract, ca fiind o clauza abuziva.

6) Referitor la art. 5.3 din Contract privind mobilizarea personalului și a echipamentelor/utilajelor necesare desfasurarii activitatii anterioară date notificării datei de începere a contractului, petenta susține că, în lipsa unui termen maximal ferm pentru data de incepere a contractului, raportat la data intrarii in vigoare a contractului, Prestatorul poate inregistra costuri nedecontabile pe o durata nedeterminată, fapt pentru care solicită obligarea autorității contractante să prevadă decontarea suplimentară, fata de Pretul Contractului, a costurilor pentru mobilizarea personalului si a echipamentelor, inregistrate de Prestator intre data intrarii in vigoare a contractului si data de incepere a contractului notificata de Beneficiar.

7) Privind art. 8.2 din Contract, petenta consideră că, în conditiile in care termenul de elaborare a Studiului de Fezabilitate Final este de 4 luni, termenul de 30 de zile de aprobare a unui subcontractor este disproportionat si restrictiv, fapt pentru care solicită obligarea autorității contractante la precizarea termenului de aprobare a unui subcontractor de max. 5 zile lucratoare

8) Petenta solicită eliminarea clauzelor impuse prin art. 8.12 și art. 8.7 din Contract, apreciind că este abuziva si restrictiva obligarea Prestatorului de a executa serviciile cu sprijinul unor subcontractanti doar pentru ca asa s-a luat in considerare in etapa de ofertare.

9) Contestatoarea solicită obligarea autoritatii contractante la eliminarea paragrafului din cadrul art.13.2. referitoare la sanctionarea Prestatorului cu un procent de 0,1% din Pretul Contractului pentru indeplinirea unei masuri impuse de catre autoritatea contractanta prin Contract.

10) Cu privire la clauza impusă prin art. 16.1 din Contract, ... susține că este abuziva dobandirea exclusivă, de catre autoritatea contractanta, a dreptului de proprietate intelectuala asupra documentatiilor "pe masura ce sunt produse", inainte de achitarea integrala a pretului pentru serviciile executate de Prestator, solicitând eliminarea dispozitiile abuzive si sa se prevadă că Studiul de Fezabilitate si orice rapoarte si date precum: hărți, diagrame, schite, instructiuni, planuri, statistici, calcule, baze de date, software si inregistrări justificative ori materiale achizitionate, compilate ori elaborate de către Prestator sau de către

personalul său salariat ori contractat în executarea contractului de servicii, vor deveni proprietatea Beneficiarului și vor putea fi folosite de către acesta numai după plata serviciilor executate.

11) Partea art. 18.1 din Contract, prin care se prevede că „(...) Beneficiarul are dreptul să respingă personalul ales de către Prestator”, este considerată, de contestatoare, abuzivă și nelegală respingerea nemotivată a personalului Prestatorului, mai ales în condițiile în care pentru orice astfel de schimbare Prestatorul este penalizat cu 0,1% pe zi din onorariul expertului prin clauza art.18.4.(3) din Contract, fapt pentru care petenta solicită eliminarea clauzei abuzive și precizarea unei prevederi în sensul că „Beneficiarul are dreptul să respingă membri ai personalului ales de către Prestator numai pentru anumite motive, bine întemeiate și justificate, prezentate în Documentația de Atribuire, cu obligația de a specifica și un termen scurt de aprobare/respingere a personalului”.

12) Privind art. 18.4.(5) din Contract, petenta consideră că este nelegală și abuzivă neplata onorariului convenit Prestatorului, în condițiile în care Prestatorul ia măsuri pentru a compensa absența temporară a expertului prin angajarea unui expert temporar, înregistrând cheltuieli ca urmare a mobilizării unui expert temporar conform solicitării Beneficiarului, solicitând eliminarea paragrafului din cadrul art.18.4.(5) constituit de prevederea "În acest caz, Beneficiarul nu va efectua nici o plată pentru perioada absenței expertului sau a absenței înlocuitorului acestuia", ca fiind o clauză abuzivă.

13) Referitor la art. 19.5 din Contract, petenta apreciază că penalitățile de întârziere sunt disproporționate prin raportare la evenimentul sancționat, mai ales că poate să fie necesară înlocuirea unui membru al personalului ca urmare a decesului sau a unei îmbolnăviri, invalidități etc., motive neimputabile și în afara controlului Prestatorului, iar cuantumul penalităților de 0,05% pe zi din Pretul Contractului sunt în contradicție cu penalitățile prevăzute în art. 18.4.(3) (0,1% pe zi din onorariul expertului propus inițial), deși penalitățile sunt aplicate pentru aceeași cauză, respectiv înlocuirea unui membru al personalului.

Față de cele expuse, petenta solicită obligarea autorității contractante să elimine clauzele abuzive și să ia măsurile necesare de remediere, în sensul de a include următoarele prevederi:

„Beneficiarul va notifica în scris motivele respingerii unui membru al personalului în termen de 3 zile lucrătoare de la data informării primite din partea Prestatorului cu privire la expertul propus spre aprobare, sub sancțiunea decaderii; și

În situația în care un membru al personalului cheie trebuie înlocuit din alte motive decât cele prevăzute la art.19.2 din Contract (deces, incapacitate fizică/psihică, demisie), Beneficiarul va fi îndreptățit să solicite Prestatorului, iar acesta va fi obligat la plata unor penalități de întârziere în cuantum de 0,1% pe zi de întârziere din onorariul expertului propus inițial în Oferta, care vor curge de la data comunicării respingerii expertului propus și până la data aprobării de către Beneficiar a expertului propus de Prestator care să îndeplinească criteriile de

calificare prevazute in Documentatia de Atribuire".

14) Cu privire la clauza impusă prin art. 19.6 din Contract, petenta consideră că este nelegala si abuzivă neplata onorariului cuvenit Prestatorului in conditiile in care acesta ia masuri pentru a compensa absenta temporara a expertului prin anagajrea unui expert temporar, inregistrand cheltuieli ca urmare a mobilizarii unui expert temporar conform solicitarii Beneficiarului, fapt pentru care solicită obligarea autoritatii contractante sa elimine paragraful "In acest caz, Beneficiarul nu va efectua nicio plată pentru perioada absenței expertului sau a absenței înlocuitorului acestuia", ca fiind o clauza abuziva.

15) Clauza impusă prin art. 21.2 din Contract, conform căreia „Beneficiarul va avea dreptul sa se opuna deciziei Prestatorului cu privire la contul bancar” este considerată, de către contestatoare, abuziva si nelegala, susținând că, pentru o astfel de dispozitie, nu există niciun temei legal în baza caruia autoritatea contractanta sa aiba dreptul sa se opuna cu privire la contul bancar al Prestatorului, fapt pentru care se solicită eliminarea art. 21.2 din contract, ca fiind o clauza abuziva.

16) Clauza impusă prin art. 31.4 din Contract este considerată nelegala si abuzivă prin obligarea Prestatorului la renuntarea la dreptul de a solicita costurile suplimentare inregistrate ca urmare a suspendarii contractului de catre autoritatea contractanta, in conditiile in care Prestatorul este obligat sa mentina personalul/echipamentele mobilizate; si durata suspendarii poate sa depaseasca si 12 luni art.31.5 din Contract), fapt pentru care se solicită eliminarea clauzelor abuzive si luarea masurilor de remediere, în sensul prevederii că, in cazul suspendarii Contractului de catre Beneficiar, Beneficiarul va achita Prestatorului costurile inregistrate de Prestator ca urmare a suspendarii, pe baza de documente justificative.

17) Clauza impusă prin art. 33.1. din Contract este considerată nelegală si abuzivă, intrucat vinovatia Prestatorului cu privire la savarsirea infractiunii de fals in declaratii poate fi stabilita numai printr-o hotarare judecatoreasca definitiva; incalcarea in mod grav a obligatiilor contractuale in cadrul unui contract anterior de achizitie publica poate fi stabilita tot printr-o hotarare judecatoreasca definitiva si nu ca urmare a punerii in aplicare a unui pact comisoriu de ultim grad.

Nelegală este considerată de către petentă și aplicarea, de catre Beneficiar, de penalitati de intarziere si/sau excluderea Prestatorului de la acordarea de contracte finantate de Comisia Europeană pentru motivele invocate in articolul 33.1 în lipsa unei hotarari judecatoresti definitive, numai ca urmare a absentei unui raspuns din partea Comisiei Europene in termen de 30 de zile de la solicitare.

Astfel, petenta solicită obligarea autoritatii contractante „sa elimine clauzele abuzive si sa ia masurile necesare de remediere, respectiv sa prevada ca autoritatea contractanta poate aplica sanctiunile specificate in art.33.1 din Contract numai in baza unei hotarari judecatoresti definitive care stabileste ca Prestatorul este vinovat de fals in declaratii ori că si-a încălcat in mod grav obligatiile contractuale in cadrul unui contract anterior de achizitie publică”.

18) Privind art. 33.2 din Contract, petenta susține că este vadit excesiva și abuzivă o penalitate de 2% din pretul Contractului pentru încălcarea unor prevederi contractuale ce nu pot fi identificate la data procedurii de atribuire, în condițiile în care Contractul prevede deja obligarea Prestatorului la plata de penalități și daune-interese pentru toate evenimentele de neexecutare, executare cu întârziere sau neconformă a obligațiilor contractuale, fapt pentru care se solicită eliminarea art. 33.2., ca fiind o clauză abuzivă.

19) Cu privire la art. 35.4 și ...8. din Contract, contestatoarea consideră că este nelegală și abuzivă clauza prin care se impune Prestatorului să renunțe la dreptul său legal de a solicita despăgubiri pentru pierderea sau prejudiciul suferite, fapt pentru care solicită eliminarea art. 35.4 și ...8., ca fiind clauze abuzive.

20) Referitor la art. 37.3 din proiectul de contract, societatea contestatoare apreciază că respectiva clauză este contradictorie și nu poate fi aplicată, fiind prevăzute două valori la care se poate raporta despăgubirea: plățile totale efectuate în baza Contractului și Pretul Contractului, iar dacă Beneficiarul nu a efectuat nicio plată până la data rezilierii, Prestatorul nu ar avea dreptul la despăgubiri pentru pierderea/prejudiciul suferite. Astfel petenta solicită eliminarea dispozițiilor abuzive și dispunerea măsurilor de remediere, în sensul prevederii că respectiva despăgubire nu va putea avea un quantum care să conducă la depășirea Pretului Contractului.

21) Contestatoarea susține că este nelegală și abuzivă obligarea Prestatorului de a încadra, în Pretul Contractului, costurile suplimentare determinate de instrucțiunile Managerului de Proiect, impusă prin art. 38.6 din Contract, deoarece pretul contractului reprezintă pretul oferit de Prestator în urma evaluării serviciilor pe care se angajează să le execute și nu poate include costurile generate de instrucțiunile Managerului de Proiect (reprezentantul Beneficiarului), cu atât mai mult cu cât, conform dispozițiilor art. 10.4 din Contract, Prestatorul este obligat să se conformeze ordinilor Managerului de Proiect chiar dacă acestea exced scopului Contractului.

Pentru cele arătate, petenta solicită eliminarea art. 38.6, ca fiind o clauză abuzivă.

II. Critici formulate de către ... privind „cerințe abuzive/nelegale ale documentației de atribuire”.

1. În opinia petentei, termenele de prestare a serviciilor sunt imposibil de îndeplinit, având în vedere cerințele caietului de sarcini și dispozițiile legale aplicabile, astfel termenul de elaborare a Studiului de Fezabilitate Final (4 luni de la data de începere) este insuficient pentru executarea unor servicii corespunzătoare de complexitatea celor ce fac obiectul prezentei proceduri, deoarece, conform dispozițiilor art.8.1. "Cerințe de Raportare", punctele 3 și 4 din caietul de sarcini, Studiul de Fezabilitate Preliminar se va preda în termen de 3 luni de la începere și Studiul de Fezabilitate Final se va preda în termen de 4 luni de la începere (pag. 66 din Caietul de Sarcini).

Invocând art.4.1.2 „Sumarul Serviciilor” din Caietul de Sarcini

(pag.13 din Caietul de Sarcini), petenta arată că, pentru elaborarea Studiului de Fezabilitate, se vor executa, printre altele, și Studiul de trafic, Studiul privind alternativele de traseu, Investigatiile de teren si apoi Activitatile de proiectare, descrierea serviciilor fiind detaliata in cuprinsul art.4.1.3. din Caietul de Sarcini.

Invocând prevederile art.4.1.3.3. "Studiul privind alternativele de traseu" din Caietul de Sarcini, contestatoarea arată că toate activitățile conținute, inclusiv durata de aprobare a variantei de traseu de catre Beneficiar - in termen de 3 luni, pentru a se putea prezenta Beneficiarului un Studiu de Fezabilitate Preliminar, la care se adaugă, conform art.8.1. "Cerinte de Raportare", punctul 4 din caietul de sarcini, Studiul de Fezabilitate Final, care trebuie sa cuprinda si toate observatiile Beneficiarului, agentiei Jaspers, AMPOST si alte autoritati implicate, Auditul de Siguranta Rutiera, rezultatul consultatiilor publice, ale tertilor si ale autoritatilor de mediu etc., contestatoarea susține că termenele de 3 si respectiv 4 luni sunt insuficiente fizic pentru a putea elabora un proiect corect si functional pentru o autostrada de 75 de km, care traverseaza zone muntoase, cu relief accidentat, în condițiile în care numai investigatiile geotehnice si analizele de laborator pot dura peste trei luni, avand in vedere că pentru probele obtinute in urma investigatiilor geotehnice se vor face incercari de laborator, ce au durate impuse prin normele tehnice europene si nationale in vigoare, de chiar pana la o luna de zile (SR EN 1997-2/2008 - Eurocod 7 - Proiectarea geotehnica).

Petenta arată astfel că un Studiu de Fezabilitate necorespunzator va conduce la atragerea unei finantari insuficiente, la solicitari de despagubiri din partea antreprenorului, aspecte care, în final, vor conduce la neexecutarea sau executarea necorespunzatoare a lucrarilor de constructie, cu consecinta, nu doar incalcarea scopului utilizarii eficiente a fondurilor publice, ci si costuri suplimentare si posibile sanctiuni pentru utilizarea ineficienta a Fondurilor Structurale pentru care se doreste aplicatia de finantare.

Deși riscuri de natura celor invocate sunt identificate prin Caietul de Sarcini (articolul 3.2 "Riscuri"), termenul de 4 luni impus de autoritatea contractanta pentru efectuarea tuturor investigatiilor si indeplinirea tuturor activitatilor presupuse de serviciile din obiectul contractului, inclusiv elaborarea Studiului de Fezabilitate Final (incluzand toate observatiile Beneficiarului, autoritatilor publice, JASPERS, AM POST, mediu, etc.), fiind insuficient, va genera consecința elaborării unui proiect superficial ce va genera costuri majore.

Pentru cele mentionate, contestatoarea solicită obligarea autorității contractante la prelungirea corespunzatoare a termenului de elaborare a Studiului de Fezabilitate si, respectiv, prelungirea termenului contractual cu cel puțin la o durata de 24 de luni.

În sensul solicitat, petenta invocă faptul că termenul de elaborare a Studiului de Fezabilitate Final nu tine cont de obligatiile de raportare si de termenele prevazute de autoritatea contractanta pentru aprobarea diferitelor Studii/Rapoarte și nici de cele necesar obținerii avizelor,

acordurilor, inclusiv acordul de mediu in termenul contractual.

Fata de cele mentionate, contestatoarea solicita „obligarea autorității contractante sa elimine cerintele abuzive si sa ia masurile necesare de remediere, în sensul: a) sa prevada prelungirea termenului contractual cel putin pentru o durata de 24 de luni; si b) sa prevada ca etapa contractuala distincta predarea tuturor avizelor/acordurilor/ Acordului de Mediu in termen de 24 de luni de la data de incepere a contractului, evaluata la maxim 3% din Pretul Contractului”.

Contestatoarea susține că documentația de atribuire impune o cerință abuzivă de prestare a unor servicii in afara termenului contractual si fara decontarea acestora, în sensul că prin art. 5.1 din Contract se prevede că durata Contractului este de 12 luni de la data de incepere a Contractului, iar prin caietul de sarcini, art.4.1.3.8. "Autorizatii, avize si acorduri" (pag. 50 din caietul de sarcini) se solicita ca Prestatorul sa mentina in termenele de valabilitate orice aviz/acord/autorizatie pana la semnarea contractului de executie lucrari, o astfel de activitate excedând termenului contractual, de 12 luni, pe care Beneficiarul nu o va putea deconta in afara perioadei de valabilitate a Contractului.

Astfel, petenta solicita obligarea autoritatii contractante sa prevada prelungirea termenului contractual cel putin pentru o durata de 24 de luni.

Cerință abuzivă de prestare a unor servicii ce nu fac obiectul contractului, fara decontarea acestora, este cea rezultată din prevederile art.3.2. "Riscuri" din Caietul de Sarcini (pg.10, final), conform cărora Prestatorul este responsabil de elaborarea planurilor de urbanism in aria de desfasurare a traseului proiectului, iar daca acestea nu exista sau sunt incomplete, costurile suplimentare urmand a fi suportate de Prestator.

Astfel, petenta solicita obligarea autoritatii contractante la anularea cerintelor criticate, deoarece procedura de atribuire nu are ca obiect elaborarea planurilor de urbanism pe traseul proiectului, traseu, in prezent, necunoscut, ca urmare, fiind imposibila evaluarea si cuantificarea costurilor unor astfel de servicii.

2. Societatea contestatoare susține că modalitatea de elaborare a propunerii financiare si procedura de decontare a serviciilor impuse de către autoritatea contractanta sunt contradictorii, nelegale si abuzive, deoarece procedura detaliată, unică, impusă de intocmire a propunerii financiare, standardizează, după petentă, în mod artificial modalitatea de formare a pretului Contractului, restrangand in acest fel dreptul operatorilor economici de a-si cuantifica si prezenta costurile reale ale serviciilor, exemplificându-se cu alocația financiară maximă pentru Studiul de evaluare a Impactului asupra Mediului, de 3% din Pretul Contractului, iar pentru Studiul de Arheologie este de 7% din Pretul Contractului.

Astfel, petenta apreciază că, în oricare dintre situatii, autoritatea contractanta obligă, in mod abuziv, operatorii economici sa prezinte Propuneri Financiare fara corespondent in realitate, cu consecinta

imposibilitatea de decontare integrala a serviciilor.

Arătând că, în data de 1 mai 2014, autoritatea contractanta a publicat in SEAP anunturi de participare la licitatie pentru elaborarea a 10 Studii de Fezabilitate pentru autostrazi, petenta susține că toate documentatiile de atribuire si toate cerintele autoritatii contractantante sunt identice pentru toate cele zece proceduri, indiferent de lungimea si de conditiile traseului pentru care se solicita proiectarea sau de bugetul alocat, apreciind că astfel autoritatea contractanta avantajeaza operatorul economic care va elabora Studiul de Fezabilitate pentru Autostrada ... - Giurgiu față de operatorii economici care vor elabora Studiul de Fezabilitate pentru Autostrada Brașov-Bacău, standardizarea metodologiei de elaborare a Propunerii Financiare, propusa de autoritatea contractanta, fiind artificiala, abuziva si de natură a restrange dreptul Prestatorului de a elabora si de a inainta o Propunere financiara bazata pe costuri reale.

Fata de cele arătate, petenta solicită obligarea autorității contractante sa elimine dispozitiile/cerintele abuzive de decontare a documentatiilor tehnico-economice pe baza de documente justificative pentru fiecare activitate/articol/cost/cheltuiala si să prevadă decontarea Pretului Contractului in baza Documentatiilor tehnico - economice elaborate de Prestator si aprobate de Beneficiar (Studiu Geotehnic, Studiu de Evaluare a Impactului asupra Mediului, Studiu de Arheologie, Studiu de Fezabilitate Final, Documentatia pentru pregatirea Aplicatiei de Finantare, Documentatia de Atribuire pentru Contractele de Lucrari, Avize/Acorduri).

Contestatoarea susține că, prin caietul de sarcini sunt impuse, in sarcina Prestatorului, o serie de riscuri care nu pot fi evaluate/cuantificate si nici gestionate de acesta, nu au alocare în modelul de propunere financiara, dar pentru care Prestatorul este obligat sa renunte la dreptul sau de a cere costuri suplimentare sau despagubiri in cazul in care este prejudiciat, sens în care petenta indică art. 3.2. "Riscuri" si Formularul nr. 24 "Asumarea riscurilor identificate in Caietul de Sarcini si prezentarea metodelor de prevenire si combatere a acestora".

In drept, sunt invocate dispozitiile art. 255 si urmatoarele din O.U.G. 34/2006.

În probațiune, au fost depuse, în copie:

- anuntul de participare nr....
- fisa de date a achizitiei:
- documentatia de atribuire.

Prin contestația nr. ... din critică documentația de atribuire emisă de către ... (.....) în cadrul procedurii de atribuire aferentă atribuirii contractului de achiziție publică de servicii de „**Elaborare Studiu de Fezabilitate pentru Autostrada**”, solicitând:

- în principal, obligarea autoritatii contractante la adoptarea masurilor de remediere privind prevederile abuzive si nerealiste din cadrul contractului si a caietului de sarcini;

iar,

- în subsidiar, în cazul în care se apreciază ca imposibilă adoptarea măsurilor de remediere, de către autoritatea contractantă, dispunerea anulării procedurii de atribuire.

În motivarea cererilor sale, contestatoarea critică o serie de clauze impuse prin proiectul de contract din cadrul documentației de atribuire și „propune și posibile măsuri de remediere care ar putea fi adoptate de către autoritatea contractantă”, cu referire la:

1.) Art. 2.1. *“Titlurile secțiunilor și articolelor din aceste Condiții Generale nu vor fi luate în considerare ca parte a Contractului și nu vor fi luate în considerare în interpretarea Contractului”, referitor la care ... apreciază că, în loc să includă, în cadrul modelului de contract respectiva prevedere, autoritatea contractantă putea opta de la bun început la enunțarea clauzelor contractuale, fără a mai menționa titlurile secțiunilor și articolelor, apreciind ca “posibila măsură de remediere: eliminarea art. 2.1. din cadrul modelului de contract”;*

2.) referitor la clauzele art. 8.11 și art. 8.12. din proiectul de contract prin care se reglementează că *niciun contract de subcontractare nu va fi aprobat ulterior semnării Contractului de Servicii dacă prin documentele ofertei nu s-au declarat subcontractanți, precum și obligația prestatorului de a nu depăși limita procentuală declarată în ofertă pentru subcontractare, ... susține că, de vreme ce, prin art. 8.9 din contract s-au transpus rigorile art. 45 alin. (2) din OUG nr. 34/2006 și art. 96 alin. (2) din HG nr. 925/2006, considerate de petentă a reglementa „singura restricție impusă de către legiuitor (...) referitoare doar la înlocuirea subcontractanților declarați în ofertă”, autoritatea contractantă impune o nouă restricție privind nominalizarea de noi subcontractanți în timpul derulării contractului.*

Susținând că, *„există posibilitatea ca, la momentul elaborării ofertei, ofertantul să prevadă ca doar o parte din servicii să fie subcontractate, însă, pe parcursul derulării contractului, situațiile reale cu care Prestatorul se va confrunta să impună necesitatea subcontractării și unei alte părți a contractului, necesitate care este refuzată de la bun început de către autoritatea contractantă prin impunerea restricțiilor mai sus menționate (art. 8.11 și art. 8.12)”,* contestatoarea propune **„posibile măsuri de remediere”** constituite de:

a) *„amendarea art. 8.11. astfel: “Prestatorul nu are dreptul de a înlocui pe niciunul din subcontractanții numiți în ofertă sau pe cei numiți ulterior fără acceptul prealabil al Autorității Contractante”. Această prevedere este asemănătoare cu prevederile art. 4.4. din Condițiile Speciale ale Contractului pentru echipamente și construcții, inclusiv proiectare, aprobate prin Ordinul nr. 146 din 01.03.2011, publicat în MO nr. 188 bis din 17.03.2011”;*

b) *«eliminarea următoarei prevederi din cadrul art. 8.12 “Pe tot parcursul îndeplinirii prezentului Contract de Servicii, Prestatorul nu va depăși limita procentuală declarată în cadrul ofertei pentru subcontractare”».*

3.) Cu privire la art. 8.8. *“Serviciile incredintate unui subcontractant de către Prestator nu pot fi incredintate unor terțe părți de către*

subcontractant", petenta consideră că respectiva clauză interzice subcontractorului posibilitatea de a colabora cu *terte* parti, aspect care aduce atingere principiilor achizițiilor publice, criticând concomitent și art. 8.10 din modelul de contract, prin care Beneficiarul este îndreptatit *la obtinerea de despagubiri din partea Prestatorului in quantum de 20% din suma alocata pentru serviciile subcontractate*, posibila masura de remediere, după petentă, ar fi constituită de:

- eliminarea art. 8.8. din cadrul modelului de contract;
- amendarea art. 8.10 la modul: *„Orice schimbare a subcontractantului nominalizat in oferta sau orice incredintare ulterioara a serviciilor unui subcontractant fara aprobarea prealabila in scris a Beneficiarului va fi considerata o incalcare a Contractului de Servicii, situatie care indreptateste Beneficiarul la obtinerea de despagubiri din partea Prestatorului in quantum de 20% din suma alocata pentru serviciile subcontractate”*.

4). Cu privire la art. 8.13. din modelul de contract, prin care se impune restricția de a se înlocui, pe timpul derulării contractului, vreunul dintre subcontractanții declarați cu operatori economici care au participat la procedură în calitate de ofertant declarat necâștigător, terti susținători sau subcontractanți ai acestora, după ce citează prevederile art. 46 alin (1) din OUG nr. 34/2006 și susține că *„legiuitorul nu interzice nici macar la momentul depunerii ofertei ca un subcontractant sa fie nominalizat in cadrul mai multor oferte”*, petenta propune ca o posibila masura de remediere – *„eliminarea art. 8.13. din cadrul modelului de contract”*.

5). Referitor la prevederi contractuale care reglementează aplicarea penalitatilor în mod disproportionat între cele 2 parti contractante - Prestator si Autoritatea Contractantă, petenta susține că, deși, prin art. 27.13 se statuează că - *“Partile cunosc si garanteaza in virtutea prevederilor Legii nr. 72/2013 cu modificari si completari ulterioare si O. G. nr. 13/2011 cu modificarile si completarile ulterioare, ca relatiile contractuale dintre parti se desfasoara pe principii de egalitate, buna credinta si cu respectarea acestor dispozitii legale, intelegand ca nicio clauza a contractului nu este abuziva prin prisma dispozitiilor legale enunțate”*, penalitățile impuse părților sunt disproportionale, prestatorul fiind profund dezavantajat, sens în care invocă și citează clauzele impuse prin: art. 8.10; art. 12.5; art. 13.2; art. 14.2; art. 16.4; art. 18.4. alin. (2); art. 18.4. alin. (3); art. 19.3; art. 19.5; art. 30.9; art. 33.2; art. 34.3, prin care sunt impuse penalități pentru prestator, precum și art. 27.9: *“Îndată ce termenul limită de plata a expirat, Prestatorul poate să pretindă o dobândă penalizatoare la nivelul ratei dobânzii de referință aplicate de Banca Natională a României, plus 8 puncte procentuale. Dobanda penalizatoare se va percepe pentru perioada scursă între data termenului limită de plată (inclusiv) și data la care este debitat contul Beneficiarului (exclusiv)”*, ca unică clauză care stabilește penalități contractuale pentru autoritatea contractanta.

Totodată, contestatoarea susține că tipul de penalitate prevazut la art. 18.4 alin. (3) este acelasi cu cel prevazut la art. 19.5, fiind aplicat pentru inlocuirea unui membru al personalului, însa modalitatea de calcul

si procentul aplicat sunt diferite; de asemenea, susține petenta, "penalitatea de interziere prevazuta la art. 19.5. este disproportionata prin raportare la evenimentul sanctionat, in conditiile inlocuirii unui membru al echipei ca urmare a decesului sau imbolnavirii, invaliditatii, motive care nu sunt sub controlul Prestatorului".

Privind penalitatea prevazuta la art. 13.2, societatea contestatoare susține că aceasta nu este justificata în situația în care conflictul de interese apare dupa semnarea contractului de servicii, in conditiile mentinerii de catre Prestator a aceluasi personal nominalizat la momentul depunerii ofertei si numirii/angajarii de catre autoritatea contractanta a unor persoane care se pot afla in conflict de interese cu personalul Prestatorului.

În condițiile în care "art. 13.2. nu face nicio diferentiere între posibilele situatii", petenta arată că, în cazul in care s-ar produce situatia mai sus descrisă, situatie care nu este sub controlul Prestatorului, acesta este obligat la plata catre Beneficiar a unei penalitati in cuantum de 0,1% din Pretul Contractului pentru fiecare persoana inlocuita.

Posibila masură de remediere propusă de către petentă este constituită de "*echilibrarea balantei privind prevederile contractuale referitoare la penalitati si amendarea clauzelor in care penalitatile pentru Prestator sunt disproportionate / nejustificate / abuzive*".

6). Referitor la termenul de prestare a serviciilor prevăzute în Caietul de Sarcini, Anexa I la Contractul de Servicii, cap. 8.1. Cerinte de Raportare - pct. 3 si 4, Studiul de Fezabilitate Preliminar va fi inaintat Autoritatii Contractante in termen de 3 luni de la incepere, iar Studiul de Fezabilitate Final, în termen de 4 luni de la inceperea contractului, petenta susține că termenele evocate sunt disproportionate în raport cu complexitatea proiectului.

Astfel, contestatoarea susține că termenele criticate sunt insuficiente pentru a putea elabora un proiect corect, complet si functional, pentru o autostrada de 170 km, iar în raport de prevederile caietului de sarcini, cap. 8.1., pct 4 petenta susține că "*este imposibil ca, în termen de 4 luni, sa fie efectuate toate investigatiile de teren (geotehnice, topografice, arheologice etc.), sa fie identificati toti proprietarii, sa fie efectuate consultatii publice, sa fie elaborate proiecte pentru doua variante de traseu, sa fie obtinute si incluse in proiect observatiile JASPERS, AM POST si ale autoritatilor de mediu*".

Invocând prevederile Ordinului nr. 135/2010 privind aprobarea Metodologiei de aplicare a evaluarii impactului asupra mediului pentru proiecte publice si private, ... susține că emiterea Acordului de mediu poate dura între 1 luna (pentru activitati cu impact redus asupra mediului, pentru care nu este necesara elaborarea Studiului de impact) si 4 luni (pentru activitati cu impact semnificativ asupra mediului, pentru care este necesara elaborarea Studiului de impact).

Pentru cele arătate, petenta propune "*posibila masura de remediere: prelungirea termenului de elaborare a Studiului de Fezabilitate si implicit prelungirea duratei contractului de servicii*".

7). Referitor la clauza impusă prin art. 8.2. - "Prestatorul trebuie să

solicite aprobarea prealabilă în scris a Beneficiarului înainte de încheierea unui contract de subcontractare. Această aprobare va fi acordată avându-se în vedere serviciile care urmează a fi subcontractate și identitatea subcontractantului propus. Introducerea/înlocuirea unui subcontractor nu trebuie să conducă la modificarea propunerii tehnice sau financiare inițiale. Beneficiarul, cu respectarea prevederilor Articolului 6 din prezentul Contract de Servicii, va notifica decizia sa Prestatorului în termen de 30 de zile de la data primirii notificării, motivând decizia sa în cazul respingerii aprobării”, petenta susține că termenul de 30 zile (1 luna) acordat Autoritatii Contractante pentru aprobarea/respingerea unui subcontractant este disproportionat, în condițiile în care termenul de elaborare și transmitere a Studiului de Fezabilitate Final este de 4 luni.

Astfel, contestatoarea avansează „posibila masura de remediere - amendarea art. 16.1”, în sensul reducerii termenului de notificare a acordului privind subcontractorul propus la 3 zile lucratoare de la data primirii solicitării din partea prestatorului.

8). Citând art. 16.1. prin care se stipulează că documentele SF-ului vor deveni proprietatea exclusivă a Beneficiarului pe măsura ce sunt produse, petenta susține că a atare clauză este abuzivă, prin impunerea ca documentele elaborate în cadrul contractului să devină proprietate a Beneficiarului pe măsura ce acestea sunt produse și nu după plata de către Beneficiar a serviciilor prestate în vederea elaborării acestor documente, „posibila masura de remediere”, propusă de contestatoare fiind cea de amendarea art. 16.1 în sensul că documentele compilate ori elaborate de către Prestator sau de către personalul său salariat ori contractat în executarea Contractului de Servicii să devină proprietate exclusivă a Beneficiarului după plata serviciilor prestate de către Prestator pentru elaborarea respectivelor documente.

9). Referitor la art. 18.1. privind obligația Prestatorului de a informa Beneficiarul cu privire la întreg personalul pe care intenționează să-l utilizeze pentru implementarea contractului de servicii, altul decât expertii cheie, și referitor la dreptul beneficiarului de a respinge personalul ales de către prestator, ... critică modul de formulare a clauzei, al cărei conținut, în opinia contestatoarei, se poate interpreta în sensul că Beneficiarul are dreptul de a respinge personalul ales de Prestator fără să își justifice această decizie și fără să se prevadă vreun termen în cadrul căruia autoritatea contractantă are dreptul să transmită o astfel de decizie.

Prin urmare, petenta solicită amendarea art. 18.1 cu precizarea: „Beneficiarul are dreptul să respingă personalul ales de către Prestator în termen de 3 zile lucratoare de la data primirii notificării, motivând decizia sa în cazul respingerii aprobării”.

10). Cu privire la art. 21.2. din proiectul de contract, societatea contestatoare apreciază că „este abuziva prevederea conform căreia Beneficiarul va avea dreptul să se opună deciziei Prestatorului cu privire la contul bancar, deoarece nu există niciun temei legal în baza căruia Autoritatea Contractantă să aibă dreptul de a se opune cu privire la

contul bancar al Prestatorului, fapt pentru care petenta solicită eliminarea prevederii conform căreia "Beneficiarul va avea dreptul sa se opuna deciziei Prestatorului cu privire la contul bancar".

11). Referitor la art. 26.2., invocând condițiile de plata de la art. 26.5 alin (2) și art. 27.1 din proiectul de contract, petenta susține că lipsa obligației Beneficiarului de a emite aprobarea Rapoartelor/documentelor într-un termen ferm în condițiile în care nu a avut obiecțiuni față de Rapoartele/documentele analizate, echivalează cu lipsa obligației de plata, fiind la latitudinea discreționară a Beneficiarului când și dacă aprobă anumite Rapoarte/documente, deși nu a avut obiecțiuni față de acestea.

Posibila măsură de remediere propusă de contestatoare vizează amendarea art. 26.2 astfel: *"Beneficiarul, în termen de 14 zile de la primirea Rapoartelor sau documentelor menționate în Anexa I - Caietul de Sarcini, va notifica Prestatorului decizia sa cu privire la acestea, cu indicarea motivelor în cazul respingerii Rapoartelor și a documentelor justificative sau al solicitării unor modificări și/sau completări. Dacă Beneficiarul nu transmite în interiorul termenului de notificare niciun comentariu cu privire la Rapoartele sau documentele primite, atunci documentele sau rapoartele vor fi considerate ca fiind aprobate de către Beneficiar. La cererea Prestatorului, Beneficiarul va avea obligația de a emite aprobarea în scris a acestora în termen de maxim 3 zile lucrătoare de la data primirii solicitării, sub sancțiunea plății de penalități de întârziere de 0,1% pe zi de întârziere din Pretul Contractului, până la îndeplinirea efectivă a obligației"*.

12). Referitor la art. 31.3. și art. 31.4 privitoare la condițiile de suspendare a executării contractului de servicii, contestatoarea consideră că este nelegală și abuzivă suspendarea plăților datorate Prestatorului pentru serviciile prestate ca urmare a suspendării contractului de către autoritatea contractantă, fără nicio motivare, nelegală și abuzivă fiind, în opinia contestatoarei, și obligarea Prestatorului la renunțarea la dreptul de a solicita costurile suplimentare înregistrate ca urmare a suspendării contractului de către autoritatea contractantă în condițiile în care Prestatorul este obligat să mențină personalul/echipamentele mobilizate, iar durata suspendării poate să depășească și 12 luni (art. 31.5).

Ca măsuri de remediere, petenta propune amendarea clauzelor criticate în sensul că, în cazul suspendării contractului de către Beneficiar, în termen de maxim 30 de zile de la data suspendării, Beneficiarul să plătească Prestatorului pretul serviciilor executate, precum și că, în cazul suspendării contractului de către Beneficiar, Beneficiarul să achite Prestatorului costurile înregistrate de către acesta ca urmare a suspendării, în termen de 30 de zile, de la data prezentării documentelor justificative în respectivul sens de către Prestator.

13). Cu privire la art. 18.4.(5). și art. 19.6. contestatoarea consideră că este nelegală și abuzivă neplata onorariului convenit Prestatorului în condițiile în care Prestatorul ia măsuri pentru a compensa absența temporară a expertului prin anagajarea unui expert temporar,

inregistrand cheltuieli ca urmare a mobilizarii unui expert temporar urmare unei solicitari a Beneficiarului.

14). Referitor la art. 28 privind recuperarea creantelor de la Prestator, petenta susține că, dacă vina pentru plata sumelor necuvenite nu apartine Prestatorului, nu este justificata prevederea de plata a comisioanelor bancare de catre Prestator și solicită amendarea art. 28.4 din modelul de contract.

15). Cu privire la art. 29.5. referitor la garantia de bună executie, invocând prevederile art. 90 alin (1) din HG nr. 925/2006, petenta apreciază că un instrument de garantare se poate emite de asigurator numai in baza unui contract de asigurare (ce contine polita de asigurare, conditii de asigurare generale si speciale/particulare), fapt pentru care solicită eliminarea următoarelor prevederi din cadrul art. 29.5.: "Scrisoarea de garantie de buna executie trebuie sa nu fie conditionata de emiterea unei polite de asigurare care sa fie opozabila Beneficiarului prin alte documente, respectiv Conditii Generale de Asigurare, Conditii Speciale de Asigurare, Clauza de garantare etc.

(...)

In situatia in care scrisoarea de garantie de buna executie este emisa de către o societate de asigurări, documentul va trebui prezentat Beneficiarului insotita de o adresa din partea Societatii de Asigurări prin care aceasta confirma faptul ca scrisoarea de garantie este valabila si in vigoare indiferent de prevederile unei polite de asigurare si ca angajamentul societatii de asigurare fata de Beneficiar va fi exclusiv in baza scrisorii de garantie de buna executie emisa. Nerespectarea acestor conditii va pune Beneficiarul in situatia de a nu accepta scrisoarea de garantie emisa de către o societate de asigurare".

Pentru cele relevate, petenta solicită „*Obligarea Autoritatii Contractante la adoptarea masurilor de remediere*”.

Prin contestația înregistrată la Consiliu sub nr. ... din în contradictoriu cu ..., autoritate contractantă în cadrul procedurii de atribuire a contractului de servicii de „**Elaborare Studiu de Fezabilitate pentru Autostrada**”, solicită:

- anularea anuntului de participare publicat în SEAP sub nr. ...
- constatarea caracterului restrictiv si disproporționat al unor cerinte/prevederi din cadrul fisei de date si din cadrul documentatiei de atribuire (caietul de sarcini si contractul);
- obligarea autoritatii contractante de a proceda la refacerea fisei de date si a documentatiei de atribuire (caietul de sarcini si contractul) aferente procedurii de achizitie publica pentru atribuirea contractului conform celor indicate în cadrul contestatiei, în asa fel încat acestea sa nu mai aiba un caracter restrictiv si disproporționat;
- obligarea autoritatii contractante la reluarea procedurii de achizitie publica pentru atribuirea contractului pe baza respectivei fise de date si a documentatiei de atribuire refacută.

În cuprinsul contestației, petenta formulează critici împotriva prevederilor documentației de atribuire conținute de secțiunile: fișa de date, proiectul de contract și, respectiv, caietul de sarcini, astfel:

I. Din cadrul fisa de date, ... critică cerința prin care s-a impus ca ofertanții să demonstreze că, la momentul semnării Contractului, vor avea acces la sau au disponibile resurse financiare în valoare egală cu suma suficientă pentru a realiza cash-flowul de realizare a Contractului pentru o perioadă de 2 luni, apreciind cerința ca fiind de natură a conduce la blocarea unor importante resurse financiare și astfel „este excesivă și nu se justifică, mai ales în condițiile în care beneficiarul are la dispoziție, printre altele, și garanția de bună execuție.

II. Cu privire la modelul de contract de servicii

Contestatoarea susține că anumite prevederi ale contractului contravin cerințelor art. 2 alin. (1) lit a) din OUG nr. 4/2006, privind promovarea concurenței între operatorii economici și ale art. 2 alin. (2) lit e) din același act normativ, privind proportionalitatea, clauzele astfel vizate fiind constituite de:

1). Prevederile art 5.5 - "Perioada de valabilitate a Contractului se va încheia la epuizarea conventională sau legală a oricărui efect pe care îl produce", apreciate de contestatoare disproportionale și abuzive, fiind de natură a conduce la prelungirea, cvasi la infinit, a perioadei de valabilitate a contractului.

2). Prevederile art 8.9 - 8.11. sunt considerate disproportionale și abuzive, petenta apreciind că este nejustificată penalizarea automată a ofertantului (Prestator) în cazul unor modificări în privința subcontractorilor, precum și interzicerea înlocuirii unui subcontractor pe parcursul derulării contractului fără acceptul Beneficiarului.

3). Referitor la art 8.13 - 8.14 privind reglementarea interdicției încheierii de contracte de subcontractare cu ofertanții declarați necâștigători/terții susținători/subcontractanții acestora în cadrul procedurii de atribuire a contractului de servicii, petenta apreciază că o atare interdicție este nejustificată, simpla enumerare, de o manieră generală, în cadrul normelor de aplicare a OUG nr. 66/2011, ca indicator de fraudă, nejustificând o interdicție absolută de a se încheia contracte cu ofertanți declarați necâștigători/terții susținători/ subcontractanți ai acestora în cadrul procedurii de atribuire a Contractului, deoarece, în opinia petentei, respectivii ofertanți declarați necâștigători/terții susținători/subcontractanți ai acestora „ar fi deja la curent cu cerințele aplicabile procedurii, ceea ce ar conduce la economii de timp și financiare”.

4). Prevederile art 12.2 prin care se reglementează posibilitatea beneficiarului de a decide „încetarea contractului de servicii conform art. ..., fără a aduce atingere niciunui drept anterior dobândit de Prestator în baza contractului de servicii” în situațiile de dare de mită, bunuri în dar, facilități ori comisioane în scopul de a determina ori recompensa îndeplinirea ori neîndeplinirea oricărui act sau fapt privind contractul de servicii, în absența unei hotărâri judecătorești definitive care să constate incidenta respectivului caz, sunt considerate de către contestatoare a fi de natură să contravină principiului legalității și să expună ofertantul (Prestatorul) la o conduită abuzivă din partea Beneficiarului.

5). Prevederile art 18.4.(5) sunt considerate disproportionale și

abuzive, pe motiv că ofertantul (Prestatorul) inregistreaza cheltuieli cu privire la care este in mod abuziv si automat eliminată orice posibilitate de recuperare.

6). Prevederile art 19.6 sunt, la fel, apreciate ca abuzive, prin faptul că ofertantul (Prestatorul) inregistreaza cheltuieli cu privire la care este in mod abuziv si automat eliminată orice posibilitate de recuperare.

7).Prevederile art 19.9 sunt apreciate, de asemenea, a fi disproportionale si abuzive, deoarece pentru unii dintre expertii cheie necesari (Expert Geotehnica si Fundatii, Arheolog, Specialist Trafic etc.) nu trebuie asigurata disponibilitate pe intreaga durata a Contractului, ci pe o perioada limitata (4 luni), în opinia petentei, fiind „perfect rezonabil ca respectivul membru al personalului sa poata fi implicat si in alte proiecte”.

8). Prevederile art 21.2:"Beneficiarul va avea dreptul sa se opuna deciziei Prestatorului cu privire la contul bancar" sunt considerate disproportionale, prin faptul că nu există temei legal pentru cenzurarea, de catre Beneficiar, a deciziei ofertantului (Prestatorului) referitoare la contul bancar.

9). Referitor la clauzele art 31.1. - 31.2, petenta apreciază că posibilitatea acordată Beneficiarului de a suspenda executarea Contractului, respectiv de a proceda la recuperarea sumelor de la ofertant (Prestator), fara existenta unei hotarari judecatoresti definitive care sa constate incidenta respectivului caz, este de natura sa contravina principiului legalitatii si sa expuna ofertantul (Prestatorul) la o conduita abuziva din partea Beneficiarului.

10). Cu privire la prevederile art. 31.3 - 31.6., petenta apreciază că posibilitatea acordata Beneficiarului de a suspenda platile, de a modifica perioada de suspendare a Contractului si, mai ales, de a suspenda unilateral Contractul, in cazul lipsei de resurse financiare, este abuziva, disproportionata si de natura a expune ofertantul (Prestatorul) la o conduita abuziva din partea Beneficiarului.

III. Referitor la Caietul de sarcini

Societatea contestatoare susține că și acesta contine numeroase prevederi care contravin cerintelor legale, in special ale celor ale art. 2 din OUG nr. 34/2006 privind promovarea concurentei intre operatorii economici si proportionalitatea, cerințele criticate fiind constituite de prevederile:

- legate de termenele de predare ale Studiului de Fezabilitate Preliminar si ale Studiului de Fezabilitate Final

- vizând obligatia ofertantului (Prestator) de a mentine in termenele de valabilitate orice aviz/acord/autorizatie pana la semnarea contractului de executie lucrari.

În drept, au fost invocate prevederile OUG nr. 34/2006, HG nr. 925/2006, Ordinul președintelui Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice nr. 509/2011, Codului de procedură civilă.

În probațiune, au fost depuse, în copie: anuntul de participare, fisa de date, modelul de Contract de servicii.

În finalul contestației, petenta menționează: „In baza art. 269 din Ordonanță, în aplicarea principiilor contradictorialității și a dreptului la apărare solicitam accesul la toate documentele (puncte de vedere, clarificări etc.) ce urmează a fi depuse de către autoritatea contractantă sau de către orice participant la procedura în fața Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor și ne rezervăm dreptul ca, după ce vom avea posibilitatea de a studia asemenea documente, să ne precizăm/completăm prezenta contestație”.

Prin contestația nr. ... din critică documentația de atribuire emisă de către ... (.....), în cadrul aceleiași proceduri de atribuire și solicită:

- admiterea contestației;
- remedierea documentației de atribuire și stabilirea termenului în care autoritatea contractantă are obligația executării deciziei pronunțate;
- prelungirea termenului de depunere a ofertelor;
- suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației.

În argumentarea cererilor sale, petenta critică documentația de atribuire sub aspectele:

I. Clauze din modelul de contract care, în opinia contestatoarei, se impun a fi revizuite:

1). Art. 5 pct. 5.2. și 5.3., potrivit cărora data intrării în vigoare nu coincide cu data de începere a contractului, în sensul că autoritatea contractantă a prevăzut că data intrării în vigoare a contractului va fi în termen de 15 zile calendaristice de la data semnării contractului, dar care nu coincide cu data de începere a contractului, care se situează la un moment ulterior intrării sale în vigoare, fără precizarea în concret a datei la care beneficiarul urmează a notifica prestatorului data de începere a contractului.

Astfel, susține petenta, clauza contractuală criticată naște doar în sarcina prestatorului îndeplinirea unei obligații, respectiv aceea de a-și mobiliza atât personalul cât și echipamentele necesare la locul principal de prestare, o astfel de clauză a cărei obligație se realizează exclusiv de voința uneia din părți, fără a se arăta data până la care se amână îndeplinirea principalelor obligații contractuale, conform art. 1403 din Codul Civil, nu produce nici un efect, fiind, în opinia petentei, lovită de nulitate.

2). Referitor la art. 10, pct. 10.4, potrivit căreia prestatorul este obligat a se conforma ordinelor administrative ale managerului de proiect, iar atunci când prestatorul apreciază că ordinele primite sunt emise cu depășirea competenței acestuia, îl va notifica tot pe managerul de proiect, într-un termen de 10 zile, sub sancțiunea decăderii, perioadă de timp în care ordinul primit este executoriu, petenta apreciază că respectiva clauză instituie o cauză de incompatibilitate care trebuie reglementată prin desemnarea unei alte persoane care să soluționeze notificările prestatorului, iar „pe perioada soluționării notificării prestatorului ordinul managerului de proiect trebuie suspendat”.

3). Cu privire la art. 10, art. 11, art. 18, art. 19 și art. 20,

contestatoarea menționează că acestea prevăd obligații generale și specifice exclusiv în sarcina prestatorului, obligații care sunt abuzive, de natură să nască un dezechilibru contractual între drepturile și obligațiile reciproce ale părților, fapt pentru care, în opinia petentei, se impune ca articolul 27 "Plăți" să fie prevăzut în articolul ce reglementează obligațiile părților și să prevadă, în sarcina autorității contractante, în acord cu obligațiile impuse prestatorului, modalitățile, termenele și sancțiunile aplicabile pentru neexecutare culpabilă.

4).Referitor la art. 13 alin. (2) ce reglementează modalitatea de înlăturare a conflictelor de interese, prin care beneficiarul își rezervă dreptul de a verifica dacă măsurile luate de prestator sunt corespunzătoare executării obiective și imparțiale a contractului, sens în care impun, în sarcina prestatorului, o serie de sancțiuni care pot duce la un blocaj în executarea obligațiilor contractuale, constituite de obligațiile ca:

- prestatorul să înlocuiască imediat și fără vreo compensație personalul care se regăsește într-un conflict de interese;

- obligarea prestatorului la plata unor penalități în cuantum de 0,1% din prețul contractului pentru fiecare persoană înlocuită;

- suplimentar, dreptul beneficiarului de a solicita și obține repararea oricăror prejudicii decurgând dintr-un astfel de conflict de interese, petenta formulează următoarele critici:

- penalitate de 0,1% este prevăzută a se aplica la valoarea întregului contract și nu doar părții neexecutate, în timp ce penalitățile de întârziere pot fi prevăzute doar pentru partea care a rămas de executat și doar pentru obligații care au fost executate cu întârziere sau care nu au fost executate;

- prin art. 18 se prevede obligația prestatorului să informeze beneficiarul cu privire la întreg personalul, acesta având posibilitatea să excludă toate acele persoane care nu corespund din punct de vedere profesional cerințelor contractului, excludere ce poate privi inclusiv verificarea existenței sau nu a conflictului de interes în care se află, situație în care, la data desemnării personalului utilizat, atât prestatorul, cât și beneficiarul, verifică îndeplinirea cerințelor prevăzute în caietul de sarcini pentru personalul utilizat, ceea ce presupune că prestatorul nu se poate afla în culpă cu privire la identificarea ulterioară a unui conflict de interese în care să se poată afla unul dintre membrii personalului său.

- posibilitatea cumulării penalității de 0,1% din prețul contractului și repararea altor prejudicii decurgând din existența unor viitoare conflicte de interese, impune prestatorului acceptarea unei sancțiuni extrem de oneroase și, totodată, asupra căreia nu are o cuantificare contractuală a întinderii unui astfel de prejudiciu.

Pentru cele arătate, petenta apreciază că „prevederea contractuală potrivit căreia prestatorul este obligat să ia toate măsurile necesare pentru a preveni or stopa orice situație care ar putea compromite executarea obiectivă și imparțială a contractului este suficientă a răspunde intereselor autorității contractante”.

5).Cu privire la art. 18 pct. 3, 4 și 5 și art. 19 pct. 3, 5, 6, 8 și 10

intitulate „personalul și echipamentul”, respectiv „înlocuirea personalului”, petenta arată că acestea prevăd, în sarcina prestatorului, asumarea unor sancțiuni care se suprapun, sunt excesiv de oneroase, nelegale și, totodată, sunt prevăzute independent de existența unui prejudiciu în patrimoniul beneficiarului.

Cuquantumul penalităților impus, în opinia petentei, încalcă prevederile art.15... Cod civil, potrivit cărora executarea cu întârziere a altor obligații decât cele având ca obiect plata unei sume de bani dă dreptul la daune interese egale cu dobânda legală, calculată de la data la care debitorul este pus în întârziere asupra echivalentului în bani al obligației.

Petenta susține că prevederile conform cărora prestatorul urmează să suporte penalități de întârziere **din prețul total al contractului**, indiferent de partea executată din acesta, contravin dispozițiilor Legii nr.72/2013, deoarece penalitățile nu pot fi aplicate decât creanțelor certe, lichide și exigibile, creanțe în rândul cărora nu intră partea executată din contract, recepționată și plătită conform modalității stabilite contractual, fapt pentru care contestatoarea susține că se impune modificarea clauzelor ce permit autorității contractante să aplice penalități de întârziere **raportat la întregul preț al contractului**.

... solicită și modificarea acelor prevederi prin care prestatorul este ținut să acopere, atât penalități cumulate pentru neîndeplinirea aceluiași obligații contractuale, cât și să fie ținut la a asigura permanența personalului în executarea la termen a contractului.

Contestatoarea susține că este nelegală și abuzivă neplata onorariului convenit Prestatorului în condițiile în care acesta ia măsuri pentru a compensa absența temporară a expertului prin angajarea unui expert temporar, înregistrând cheltuieli ca urmare a mobilizării acestuia conform solicitării Beneficiarului, iar în raport de prevederile art. 19.6, se impune definirea noțiunilor de: "imediat", "anumită perioadă de timp", "indiferent de situație", definiții în funcție de care să poată fi apreciată fapta culpabilă și data de la care pot fi aplicate sancțiunile contractuale.

Referitor la prevederile art. 19.6, contestatoarea consideră că este nelegală și abuzivă neplata onorariului convenit Prestatorului, în condițiile în care acesta ia măsuri pentru a compensa absența temporară a expertului prin angajarea unui expert temporar, înregistrând cheltuieli ca urmare a mobilizării unui expert temporar conform solicitării Beneficiarului.

6). Cu privire la art. 21.2, societatea contestatoare susține că este abuzivă și nelegală posibilitatea de opoziție a beneficiarului cu privire la contul bancar al Prestatorului.

7). Privitor la art. 26 alin.(2) coroborat cu aprobarea Rapoartelor/documentelor, ca o condiție de plată conform dispozițiilor art.26.5 alin.(2), petenta menționează că lipsa obligației Beneficiarului de a emite aprobarea Rapoartelor/documentelor într-un termen ferm, în condițiile în care nu a avut obiecțiuni față de Rapoartele/documentele analizate, echivalează cu lipsa obligației de plată, fiind la latitudinea discreționară a Beneficiarului când și dacă aprobă anumite Rapoarte/documente, deși nu a avut obiecțiuni față de acestea.

Astfel, apreciază contestatoarea, clauza art. 26 alin. (2) echivalează cu o condiție pur potestativă din partea celui care se obligă, ceea ce echivalează cu lipsa intenției autorității contractante de a se obliga să efectueze plata serviciilor executate.

Posibila măsură de remediere indicată de către petentă fiind de modificarea clauzei criticate, la modul: „Dacă Beneficiarul nu transmite în interiorul termenului de notificare niciun comentariu cu privire la Rapoartele sau documentele primite, atunci documentele sau rapoartele vor fi considerate ca fiind aprobate de către Beneficiar. La cererea Prestatorului, Beneficiarul va avea obligația de a emite aprobarea în scris a acestora în termen de maxim 3 zile lucrătoare de la data primirii solicitării, sub sancțiunea plății de penalități de întârziere de 0,1% pe zi de întârziere din Pretul Contractului, până la îndeplinirea efectivă a obligației”.

8). Cu privire la art. 27 – „Plăți”, referindu-se la conținutul pct. 3 al tabelului conform căruia plata intermediară, de 30%, este condiționată de acceptarea, de către beneficiar, a Studiului de fezabilitate final, a raportului financiar și a acceptării auditului de siguranță, iar la cel al pct. 4, conform căruia plata finală, de 25% din prețul contractului, se va efectua pe baza îndeplinirii tuturor activităților menționate în Anexa 1 a caietului de sarcini, precum și a raportului financiar final, petenta susține că, de vreme ce, potrivit anexei, data îndeplinirii tuturor obligațiilor asumate de către prestator este data la care este acceptat, de către beneficiar, Studiul de fezabilitate final, autoritatea contractantă trebuie să menționeze în cuprinsul punctului 4 care sunt condițiile exacte pe care trebuie să le îndeplinească prestatorul pentru încasarea ultimei tranșe din prețul contractului.

9). Referitor la art. 27.9 - *"îndată ce termenul limită de plată a expirat, Prestatorul poate să pretindă o dobândă penalizatoare la nivelul ratei dobânzii de referință aplicate de BNR, plus 8 puncte procentuale. Dobânda penalizatoare se va percepe pentru perioada scursă între data termenului limită de plată (inclusiv) și data la care este debitat contrul Beneficiarului"*, contestatoarea susține că o atare clauză contravine art.12 din Legea nr.72/2013 - *"practica sau clauza contractuală prin care se stabilește în mod vădit inechitabil, în raport cu creditorul, termenul de plată, nivelul dobânzii pentru plata întârziată sau al daunelor interese suplimentare este abuzivă"*, prin faptul că, în cuprinsul contractului se prevăd, în sarcina prestatorului, o multitudine de sancțiuni cu titlu de *"despăgubire generală"*, *"dobândă penalizatoare"*, *"penalitate contractuală"*, toate impuse peste procentul de 0,1% pe zi de întârziere pentru obligațiile neexecutate corespunzător de către prestator.

10). Cu privire la art. 27.14 lit.b) *"(...) Beneficiarul poate suspenda, total sau parțial, plățile datorate Prestatorului (...) din orice altă împrejurare pentru care Prestatorul răspunde în baza Contractului de Servicii și care, în opinia Beneficiarului, interferează sau amenință să interfereze cu finalizarea cu succes a Proiectului sau a Contractului de Servicii"*, petenta susține că suspendarea plăților, atât pentru serviciile deja prestate, precum și pentru cele viitoare, ca urmare a unei aprecieri

discreționare, ce ține exclusiv de opinia Beneficiarului, nu conferă siguranță contractuală Prestatorului, fapt pentru care, după părerea petentei, „cauzele de suspendare a plăților trebuie reglementate limitativ și nu într-un mod foarte general care să lase puterea autorității contractante de a suspenda, potrivit propriilor apreceri, contractul de achiziție publică”.

11). Referitor la art. 31.1 și 31.2 - *"In cazul in care procedura de acordare sau executare a Contractului de Servicii este viciată de erori substantiale, nereguli sau de fraudă, Beneficiarul va suspenda executarea Contractului de Servicii.*

In cazul in care asemenea erori substantiale, neregularitati sau fraude sunt imputabile Prestatorului, Beneficiarul poate suplimentar suspendarii sa refuze efectuarea platilor sau poate proceda la recuperarea sumelor deja platite proportional cu gravitatea viciilor, neregularitatii sau fraudei ...", apreciind că autoritatea contractanta nu este competenta sa efectueze cercetari in ceea ce priveste fraudele si nici sa constate persoana in sarcina careia îi sunt imputabile respectivele fraude, petenta susține că este nelegal și abuziv dreptul autorității contractante de a suspenda executarea contractului sau de a proceda la recuperarea sumelor de la Prestator in lipsa unei hotarari judecatoresti definitive, propunând „posibila masura de remediere” corespunzător căreia: „Beneficiarul poate lua masurile prevazute in art.31.1 și 31.2 numai in baza unei hotarari judecatoresti definitive”.

12). Cu privire la art. 31.3 și 31.4 din contract, contestatoarea susține că este nelegală și abuzivă suspendarea platilor datorate Prestatorului pentru serviciile prestate ca urmare a suspendării contractului - indiferent de motive - de către autoritatea contractantă, apreciind că, în situația în care autoritatea contractanta nu dorește să efectueze plata serviciilor executate, este suficient să dispună suspendarea Contractului pe o perioadă aleasă discreționar.

Invocând prevederile art.16.1 din contract, conform căruia livrabilele vor deveni proprietatea exclusivă a Beneficiarului pe măsura ce sunt produse, petenta susține că, prin aplicarea dispozițiilor contractuale propuse, autoritatea contractanta dobândește dreptul de proprietate intelectuală exclusivă asupra Studiului de Fezabilitate elaborat și are dreptul să suspende Contractul, inclusiv platile datorate Prestatorului pentru serviciile executate, situație în care contestatoarea susține că este nelegală și abuzivă obligarea Prestatorului la renunțarea la dreptul de a solicita costurile suplimentare înregistrate ca urmare a suspendării contractului de către autoritatea contractanta, în condițiile în care:

- Prestatorul este obligat să mențină personalul/echipamentele mobilizate;

- durata suspendării poate să depășească și 12 luni (art.31.5).

Posibile măsuri de remediere apreciate de contestatoare ar fi constituite de prevederea: „In cazul suspendării Contractului de către Beneficiar, în termen de maxim 30 de zile de la data suspendării Beneficiarul va plăti Prestatorului prețul serviciilor executate; în cazul suspendării Contractului de către Beneficiar, Beneficiarul va achita

Prestatorului costurile inregistrate de Prestator ca urmare a suspendarii, in termen de 30 de zile de la data prezentarii de catre Prestator a documentelor justificative in acest sens”.

13). Privind art. 35.6. - *"Beneficiarul va avea dreptul la despăgubiri pentru orice prejudiciu care este descoperit după finalizarea Contractului de Servicii, inclusiv în perioada executării lucrărilor de construcție aferente, în conformitate cu legea aplicabilă care guvernează Contractul de Servicii"*, petenta apreciază că o atare clauză este abuzivă, drepturile și obligațiile părților fiind reglementate exclusiv pe perioada de derulare a contractului, această perioadă neputând a fi extinsă după ce prestatorul a executat contractul, iar beneficiarul a efectuat plata prețului în integralitate, adică după momentul la care părțile s-au descărcat de obligații una față de cealaltă.

14) Referitor la art. 39.3., conform căruia pe perioada soluționării litigiului, Prestatorul este obligat să-și continue prestarea Serviciilor cum au fost stabilite prin Contractul de servicii, în situație contrară fiind obligat la plata de penalități de 0,1% pe zi din prețul contractului, petenta consideră că și o astfel de prevedere este abuzivă, câtă vreme obiectul litigiului poate fi tocmai neîndeplinirea obligației de plată a prețului sau a tranșelor din preț stabilite contractual în sarcina beneficiarului, plată fără de care prestatorul nu poate continua executarea contractului.

II: Referitor la clauzele din Caietul de sarcini care, în opinia ... se impun a fi revizuite.

1). Privind termenul de prestare a serviciilor, statuat prin art.8.1. "Cerinte de Raportare", punctele 3 și 4 ale caietului de sarcini, în sensul că Studiul de Fezabilitate Preliminar se va preda în termen de 3 luni de la începerea contractului, iar Studiul de Fezabilitate Final se va preda în termen de 4 luni de la începerea prestării serviciilor, contestatoarea apreciază că respectivele termene sunt insuficiente pentru a putea elabora un proiect corect și funcțional pentru o autostradă de 170 de km, care traversează zone muntoase cu relief accidentat.

În condițiile în care, prin art.8.1. "Cerinte de Raportare", pct. 4 din Caietul de Sarcini, se impune ca Studiul de Fezabilitate Final să cuprindă și toate observațiile Beneficiarului, Agenției Jaspers, AMPOST și alte autorități implicate, auditul de Siguranță Rutieră, rezultatul consultațiilor publice, ale terților și ale autorităților de mediu etc., contestatoarea susține că este imposibil ca, în termen de 4 luni, să fie efectuate toate investigațiile de teren (geotehnice, topografice, arheologice etc.), să fie identificați toți proprietarii, să fie efectuate consultații publice, să fie elaborate proiecte pentru două variante de traseu, să fie obținute și incluse în proiect observațiile JASPERS, AMPOST și ale autorităților de mediu, astfel încât Studiul de Fezabilitate Final să fie predat în 4 luni de la data de începere.

Deoarece, prin articolele criticate se solicită ca toate avizele, acordurile, inclusiv acordul de mediu, să fie predate în termenul contractual, petenta susține că termenele impuse derogă de la cele statuate prin dispozițiile Ordinului ministrului mediului și pădurilor nr.

135/2010, petenta solicită prelungirea termenului de elaborare a Studiului de Fezabilitate și prelungirea termenului contractual.

2). Prevederile art.4.1.3.8. "Autorizatii, avize și acorduri" din caietul de sarcini, prin care se solicita ca Prestatorul să mențină, în termenele de valabilitate, orice aviz/acord/autorizație până la semnarea contractului de execuție lucrări, sunt criticate de contestatoare sub aspectul că acestea exced dispozițiilor art. 5.1 din proiectul de Contract, în care se prevede expres că durata Contractului este de 12 luni de la data de începere a acestuia, fapt pentru care petenta solicită modificarea articolului în discuție, alternativ: fie prin modificarea textului criticat, la modul: „Prestatorul va menține în termenele de valabilitate orice aviz/acord/autorizație până la semnarea contractului de execuție lucrări, dar nu mai târziu de 12 luni de la data de începere a contractului” fie prin prelungirea termenului contractual.

Prin contestația nr. 34 din critică documentația de atribuire emisă de către ... în cadrul aceleiași proceduri de atribuire a contractului de servicii de „**Elaborare Studiu de Fezabilitate pentru Autostrada**”, solicitând:

- constatarea caracterului abuziv, nelegal și restrictiv al anumitor cerințe și clauze din cadrul fișei de date a achiziției și documentației de atribuire;

- constatarea caracterului abuziv al criteriului de atribuire "*pretul cel mai scăzut*", în condițiile în care cea mai mare parte a activităților ce urmează a fi executate nu pot fi evaluate și specificate în propunerea financiară;

- obligarea autorității contractante să ia măsurile de remediere necesare prin refacerea fișei de date a achiziției și a documentației de atribuire, prin eliminarea/modificarea cerințelor și clauzelor abuzive și disproporționate;

- obligarea autorității contractante să anuleze procedura de atribuire și să reia procedura de achiziție publică pentru atribuirea contractului pe baza fișei de date a achiziției/documentației de atribuire modificată conform celor solicitate;

- dispunerea măsurii provizorii de suspendare a procedurii de atribuire până la soluționarea contestației.

În susținerea cererilor sale, contestatoarea reclamă publicarea documentației de atribuire în SEAP într-o zi nelucrătoare (1 Mai), urmată de alte 3 zile nelucrătoare, considerând că autoritatea contractantă a săvârșit un abuz, respectiv reducerea în mod artificial al termenului de depunere a contestațiilor.

Petenta consideră că autoritatea contractantă a stabilit, în mod abuziv și nefondat, criteriul de atribuire a contractului „prețul cel mai scăzut”, împiedicând operatorii economici să evalueze și să cuantifice costurile fiecărei activități pe care o implică asumarea acestui contract de achiziție publică și nici nu pot întocmi o propunere financiară corectă.

De asemenea, contestatoarea susține că plata serviciilor de proiectare este pur subiectivă, imposibil de decontat de către prestator în lipsa unor mecanisme clare, autoritatea contractantă acționând vădit în

ideea de a nu deconta decât parțial sau deloc serviciile executate de Prestator.

În ceea ce privește termenele de executare a serviciilor, petenta apreciază că acestea conduc de la bun început la neexecutarea obligațiilor contractuale de către Prestator.

Totodată, contestatoarea consideră că riscurile impuse prin caietul de sarcini spre a fi gestionate de către Prestator sunt abuzive.

Prin adresa nr. ... din ... înregistrată la Consiliu sub nr. ... din 16.05.2014, ... a solicitat conexarea tuturor contestațiilor formulate de către operatorii economici împotriva documentației de atribuire, cu referire la cele formulate de către precum și orice alte contestații care nu i-au fost aduse la cunoștință de către autoritatea contractantă, cu mențiunea că respectiva societate ***înțelege să se asocieze la toate contestațiile formulate împotriva documentației de atribuire, conform cererii proprii constituită de contestația înregistrată în data de 15 mai 2014.***

Referitor la cererile de suspendare a procedurii aparținând ... și ... constatând lipsa iminenței vreunei pagube pentru contestatoare, Consiliul le-a respins, ca nefondate (Decizia nr. ... din ...

Prin adresa nr. 92/27971 din 20.05.2014, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. S.A. a transmis punctul de vedere privind contestația formulată de ... solicitând respingerea acesteia, ca tardivă.

În susținerea excepției de tardivitate, autoritatea contractantă invocă dispozițiile art. 256² alin. (1) lit. a) și alin. (2) din OUG nr. 34/2006, precum și pe cele ale art. 3 lit. z) din același act normativ, raportat la prevederile legale mai sus invocate, precum și la faptul că anunțul de participare a fost publicat în SEAP în 01.05.2014, dată la care se consideră că a fost luat la cunoștință, autoritatea contractantă arată că termenul de contestare al acestuia s-a împlinit la ...

Astfel, contestația înaintată la ... este, în opinia autorității contractante, tardiv formulată.

Răspunzând solicitării CNSC privind prezentarea dovezii comunicării contestației către autoritatea contractantă și transmiterea punctului de vedere privind excepția de tardivitate depunerii contestației, prin adresa nr. 55/20.05.2014, înregistrată la CNSC sub nr. 16051/20.05.2014, ... a susținut că, prin publicarea documentației, în SEAP, într-o zi nelucrătoare (1 Mai), urmată de 3 zile nelucrătoare, "*autoritatea contractantă a săvârșit un abuz, reducând, în mod artificial, termenul de depunere a contestațiilor*".

Invocând și redând prevederile art. 256² alin. (1) lit. a) din O.U.G. nr. 34/2006, contestatoarea apreciază că "*legiuitorul a avut în vedere, în mod expres, un termen de 10 zile, pentru a permite operatorilor economici să analizeze și să înțeleagă consecințele actului comunicat*", având în vedere că acesta este reprezentat de o documentație de atribuire voluminoasă și "*greu de verificat într-un termen scurt*".

Invocând art. 137 alin. (1) și art. 139 alin. (1) din Codul muncii, precum și H.G. nr. 243/2014, precum și faptul că "*în SEAP, zilele 1-4 mai au fost specificate, în mod expres ca fiind zile nelucrătoare*", solicită

Consiliului să constate că „prima zi în care operatorii economici au putut lua la cunoștință despre documentația de atribuire publicată în SEAP, a fost ziua de luni, 5 mai 2014 și, ca urmare, prin aplicarea dispozițiilor art. 256² alin. (1) lit. a) din O.U.G. nr. 34/2006, că termenul limită de sesizare a Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor cu privire la documentația de atribuire se împlineste în data de 16 mai 2014”.

Consiliul a pus în discuția contestatoarei ... și a autorității contractante excepția tardivității depunerii contestației, raportat la prevederile art. 256² alin. (1) lit. a) și alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006.

Răspunzând solicitării C.N.S.C., prin adresa nr. 1191/28.05.2014, ... a solicitat Consiliului respingerea excepției tardivității depunerii contestației, precizând că data de la care a început să curgă termenul de contestare a documentației de atribuire a fost 05.05.2014, prima zi lucrătoare în care operatorii economici au putut lua cunoștință despre aceasta, termen ce se încheie la 16.05.2014.

Drept urmare, în temeiul dispozițiilor art. 186 alin. (1) din Codul de procedură civilă, potrivit căroră „partea care a pierdut un termen procedural va fi repusă în termen dacă dovedește că întârzierea se datorează unor motive temeinic justificate”, arătând că autoritatea contractantă a acționat cu “rea-credință” prin publicarea documentației de atribuire într-o perioadă nelucrătoare (01.05.2014), contestatoarea solicită Consiliului să dispună repunerea sa în termenul procedural prevăzut la art. 256² alin. (1) lit. a) din OUG nr. 34/2006.

În sprijinul susținerilor sale petenta a invocat prevederile art. 139 alin. (1) și art. 137 alin. (1) din Codul muncii, H.G. nr. 243/2014 și art. 14 din Codul Civil al României.

Prin adresa nr. 92/29...1/28.05.2014, înregistrată la CNSC sub nr. 17196/28.05.2014, autoritatea contractantă a solicitat respingerea contestației formulate de SCSRL, ca tardivă, în temeiul dispozițiilor art. 256² alin. (1) lit. a) și alin. (2), ale art. 3 lit. z), precum și ale art. 271 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, arătând că un exemplar al contestației i-a fost înaintat în 14.05.2014, respectiv după expirarea termenului stabilit pentru îndeplinirea acestei obligații.

Făcând aplicarea prevederilor art. 273 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, după conexarea celor cinci contestații, din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

Pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect „**Elaborare Studiu de Fezabilitate pentru Autostrada**”, coduri CPV 71241000-9 – studii de fezabilitate, servicii de consultanță, analize (Rev.2), 71322500-6 servicii de proiectare tehnică pentru infrastructura de transport (Rev.2), S.A., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, în SEAP, anunțul de participare nr. ... conform căruia, valoarea estimată a contractului este de 32.483.758 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut”.

Considerând restrictive și abuzive prevederile documentației de atribuire, SCSRL, SCSRL, SCSRL, SCSRL și SCSRL au înaintat Consiliului prezentele contestații, solicitând remedierea acelor prevederi considerate nelegale.

În considerarea dispozițiilor art. 278 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, Consiliul va analiza mai întâi excepția tardivității depunerii contestațiilor de către ... și, respectiv, ... invocate de către autoritatea contractantă, sens în care se rețin, ca relevante, următoarele aspecte:

- documentația de atribuire contestată de cele două petente a fost publicată în SEAP la data de 01.05.2014, sub forma fișierelor de date atașate anunțului de participare nr. ...

- tipul contractului de achiziției publice ce urmează a se atribui este **contract de servicii** de proiectare pentru etapa de studiu de fezabilitate (SF);

- valoarea estimată a contractului de achiziție publică, precizată în anunțul de participare, este de 32.483.758 lei, fără TVA, echivalentul a aprox. 7.400.000 euro, mai mare decât pragul reglementat prin art. 55 alin. (2) din OUG nr. 34/2006.

În raport de aspectele relevate, referitor la termenul de exercitare a dreptului operatorilor economici interesați de a formula contestații împotriva actelor administrative ale autorității contractante emise în cadrul procedurii de atribuire, prezintă relevanță următoarele dispoziții legale incidente din OUG nr. 34/2006:

- art. 256² alin. (1) lit. a) – **„Persoana vatamata poate sesiza Consiliul National de Solutionare a Contestatiilor in vederea anularii actului si/sau recunoasterii dreptului pretins ori a interesului legitim, in termen de: a) 10 zile incepand cu ziua urmatoare luarii la cunostinta, in conditiile prezentei ordonante de urgenta, despre un act al autoritatii contractante considerat nelegal, in cazul in care valoarea contractului care urmeaza sa fie atribuit, estimata conform prevederilor art. 23 si ale cap. II sectiunea a 2-a, este egala sau mai mare decat pragurile valorice prevazute la art. 55 alin. (2)”**;

- art. 256² alin. (2) – **„In cazul in care cererea prevazuta la alin. (1) priveste **continutul documentatiei de atribuire, publicata in SEAP** in conditiile art. 75 alin. (5), art. 89 alin. (4) si art. 127 alin. (2), **data luarii la cunostinta este data publicarii documentatiei de atribuire**”**;

- art. 256¹ alin. (1)-(3) – **„(1) Inainte de a se adresa Consiliului National de Solutionare a Contestatiilor, persoana vatamata notifica autoritatea contractanta cu privire la pretinsa incalcare a dispozitiilor legale in materia achizitiilor publice si la intentia de a sesiza Consiliul National de Solutionare a Contestatiilor. **Dispozitiile art. 205 si 256² raman aplicabile.** (2) Lipsa notificarii prevazute la alin. (1) nu impiedica introducerea cererii in fata Consiliului National de Solutionare a Contestatiilor. (3) **Notificarea prevazuta la alin. (1) nu are ca efect suspendarea de drept a procedurii de atribuire.** Dupa primirea notificarii, autoritatea contractanta poate adopta orice masuri pe care le considera necesare pentru remedierea pretinsei incalcari, inclusiv**

suspendarea procedurii de atribuire sau revocarea unui act emis în cadrul respectivei proceduri”;

- art. 271 alin. (1) – **„Sub sanctiunea respingerii contestatiei ca tardiva, aceasta se inainteaza atat Consiliului, cat si autoritatii contractante, nu mai tarziu de expirarea termenelor prevazute la art. 256². Contestatorul va atasa la contestatie si copia actului atacat, in cazul in care acesta a fost emis, precum si copii ale inscrisurilor prevazute la art. 270 alin. (1), daca acestea sunt disponibile”;**

- art. 3 lit. z) – **„zile - zilele calendaristice, in afara cazului in care se prevede expres ca sunt zile lucratoare. Termenul exprimat in zile incepe sa curga de la inceputul primei ore a primei zile a termenului si se incheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului; ziua in cursul careia a avut loc un eveniment sau s-a realizat un act al autoritatii contractante nu este luata in calculul termenului. **Daca ultima zi a unui termen exprimat altfel decat in ore este o zi de sarbatoare legala, o duminica sau o sambata, termenul se incheie la expirarea ultimei ore a urmatoarei zile lucratoare**”.**

Din normele legale precitate, rezultă că termenul de 10 zile de exercitare a căilor de atac împotriva documentației de atribuire, publicată în SEAP, de către autoritatea contractantă - . este exprimat în zile calendaristice și nu în zile lucrătoare, acesta socotindu-se începând cu ziua următoare celei în care s-a publicat documentația de atribuire și încheindu-se la expirarea ultimei ore a celei de-a zecea zi, dacă aceasta este o zi lucrătoare, cu prelungire până la expirarea ultimei ore a urmatoarei zile lucratoare, în situația în care ultima zi era o zi de duminică sau de sărbătoare legală.

În condițiile în care legea nu distinge și nu stabilește vreo restricție referitoare la felul zilei publicării documentației de atribuire (lucrătoare/nelucrătoare), iar termenul de exercitare a căilor de atac este exprimat în zile calendaristice și nu în zile lucrătoare, aprecierile celor două contestatoare conform cărora s-ar impune a se considera ziua de luni, 05.05.2011, ca fiind data de început a calculului termenului de exercitare a căilor de atac împotriva documentației de atribuire, pe motiv că aceasta ar fi prima zi lucrătoare după o minivacanță ocazionată de ziua de 01 Mai, sunt neîntemeiate.

Astfel, socotit după metodologia legal reglementată, termenul de 10 zile de contestare a documentației de atribuire, publicată în SEAP la data de 01.05.2014, s-a împlinit în data de 11.05.2014, care fiind o zi de duminică a determinat prelungirea respectivului termen până la sfârșitul zilei de luni, ... zi în care contestația trebuia depusă, atât la Consiliu, cât și la autoritatea contractantă.

Se reține, de asemenea, că **notificarea** autorității contractante cu privire la *pretinsa incalcare a dispozitiilor legale in materia achizitiilor publice si la intentia de a se sesiza Consiliul National de Solutionare a Contestatiilor* nu are ca efect suspendarea de drept a procedurii de atribuire, precum și aspectul că notificarea antemenționată nu afectează termenele de contestare a documentației de atribuire reglementate de

art. 256² din OUG nr. 34/2006, dispoziții care rămân aplicabile și în situația în care un operator economic optează să recurgă la o atare notificare.

La solicitarea Consiliului, transmisă ... prin care respectivei i s-a solicitat constituirea dovezii datei la care contestația a fost transmisă autorității contractante, prin adresa nr. 1077 din 19.05.2014, petenta a precizat: „(...) vă transmitem, atașate prezentei, dovezile comunicării *Notificării și ale Contestației către*”.

Din documentele atașate adresei, rezultă că ... a transmis autorității contractante:

- la data de ... documentul nr. 983/... cu conținutul: *„în temeiul art. 256 indice 1 din OUG nr. 34/2006 (...) vă notificăm încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice (...), precum și intenția noastră de a sesiza Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu o contestație în acest sens (...)”*, fiind evident că respectivul act a fost notificarea reglementată de art. 256¹ din OUG nr. 34/2006 și nu contestația;

- la data de 14.05.2014, înregistrată la sub nr. 92/27102 din 14.05.2014, a fost transmisă contestația depusă la Consiliu și înregistrată la această instituție sub nr. .../...

Se constată astfel că societatea contestatoare a transmis contestația autorității contractante în data de 14.05.2014, cu depășirea termenului de 10 zile reglementat de art. 256² alin. (1) lit. a) din OUG nr. 34/2006, caz în care, intrând sub incidența prevederilor art. 271 alin. (1) – **„Sub sanctiunea respingerii contestației ca tardiva, aceasta se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante, nu mai tarziu de expirarea termenelor prevăzute la art. 256²”** coroborate cu cele ale art. 256¹ alin. (1) din OUG nr. 34/2006 – *„(1) Înainte de a se adresa Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, persoana vatamata notifica autoritatea contractanta cu privire la pretinsa incalcare a dispozitiilor legale in materia achizitiilor publice si la intentia de a sesiza Consiliul National de Soluționare a Contestațiilor. **Dispozițiile art. 205 și 256² raman aplicabile”** din același act normativ, contestația formulată de către ... a fost tardiv depusă, urmând a fi respinsă ca atare în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (5) din OUG nr. 34/2006.*

Pentru aceleași considerente, contestația ... formulată în data de ... și înregistrată la Consiliu sub nr. ..., depusă cu depășirea termenului de 10 zile reglementat pentru exercitarea căilor de atac împotriva documentației de atribuire publicată în SEAP la data de 01.05.2014, se va respinge, de asemenea, ca tardivă, argumentele petentei din punctul de vedere referitor la excepție nr. 55/20.05.2014, fiind neîntemeiate.

Examinând susținerile ... și, respectiv, ... apărările autorității contractante, probatoriul administrat și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată:

Preliminar, se impun următoarele precizări:

1. În data de 03.06.2014, sub denumirea „([CN150674/020] *Masuri de remedierepdf*)”, autoritatea contractantă a publicat în SEAP

o serie de măsuri de remediere a unora dintre prevederile documentației de atribuire criticate de către cele 3 contestatoare;

2. La solicitarea Consiliului, ... a formulat punct de vedere referitor la măsurile de remediere publicate de autoritatea contractantă, renunțând la unele dintre criticile din contestație și menținându-le pe altele, pe considerentul că măsurile publicate nu au înlăturat caracterul nelegal și vătămător al prevederilor documentației de atribuire atacate prin contestație, similar procedând și ...

3. La data de 04.06.2014, sub nr. 92/31838, autoritatea contractantă a înaintat Consiliului punctul său de vedere referitor la contestațiile formulate.

În cele ce urmează, Consiliul va analiza simultan cele 3 contestații, urmărind ordinea cronologică a criticilor și a secțiunilor documentației de atribuire criticate, astfel:

I). Critici referitoare la fișa de date a achiziției:

Contestatoarea ... critică Cerinta nr. 2. a pct. III.2.2) *„Capacitatea economica si financiară”, prin care s-a impus ca „Ofertantul trebuie sa demonstreze ca la momentul semnarii contractului va avea acces la sau are disponibile resurse reale, negrevate de datorii, linii de credit confirmate de societati bancare/ societati finantatoare/ institutii finantatoare in valoare de minim: 4.900.000 lei sau echivalent, suma suficienta pentru a realiza cash-flowul de realizare a contractului pentru o perioada de 2 luni”,* apreciind că, în raport de dispozițiile art. 1 alin. (1) din Ordinul președintelui ANRMAP nr. 509/2011, impunerea blocării unei sume importante de bani, de către ofertanți, este excesivă și nejustificată.

În contradictoriu cu cele invocate de petentă, prin punctul său de vedere, autoritatea contractantă susține că, *„desi contractul prevede acordarea unui avans de 15%, autoritatea contractanta solicita si dovada disponibilitatilor financiare ale ofertantului pentru o perioada de 2 luni, deoarece, dupa acordarea avansului prima plată in cadrul contractului va fi efectuata Prestatorului doar dupa realizarea partiala a Studiilor geotehnice, Studiului de evaluare a Impactului asupra Mediului si a Studiului de arheologie precum si in functie de stadiul de realizare a lucrarilor de foraje si analizelor de laborator etc.”*, observatiile ... fiind considerate nefondate, iar autoritatea contractanta pledând pentru mentinerea cerintei criticate în forma inițial impusă.

În determinarea legalității și oportunității impunerii cerinței de prezentare, de către ofertanți, a unui *„cash-flow de realizare a contractului pentru o perioada de 2 luni”*, Consiliul are în vedere următoarele aspecte:

- tipul contractului – contract de servicii de proiectare – etapa SF;
- durata impusă pentru realizarea și predarea formei preliminare a SF-ului – 3 luni;
- posibilitatea acordării unui avans de 15% din prețul contractului a cărui garantare se va efectua, de către ofertanți, printr-o „Garantie de returnare a avansului”, titlu de valoare ce presupune imobilizarea unei sume de aprox. de 4,8 mil. lei;

- obligația ofertantului câștigător de constituire a garanției de bună execuție în cuantum de aprox. 3,6 mil. lei;

Adăugând la sumele de mai sus și valoarea de 4,9 mil. lei, reprezentând *„cash-flowul de realizare a contractului pentru o perioada de 2 luni”*, referitor la care fișa de date impune ca *„suma solicitata la cerinta 2 poate fi immobilizata pentru realizarea contractului in cazul in care oferta depusa este desemnata castigatoare”*, rezultă că ofertantul câștigător este obligat la immobilizarea unei sume de peste 12 milioane euro anterior începerii contractului.

Întrucât serviciile de proiectare din obiectul contractului sunt constituite de prestații preponderent intelectuale, care nu necesită aprovizionări tehnico-materiale spre immobilizare, activități derulate prin experții echipei, cu utilizarea echipamentelor deja deținute de către ofertanți, cum ar fi: produse și echipamente IT – hard și soft, echipamente de investigare, măsurare și control etc., în cauză sunt incidente dispozițiile art. 8 alin. (1) din HG nr. 925/2006 potrivit cărora *„Autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică prin introducerea unor cerințe minime de calificare, care: a) nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit; b) sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit”*.

Întrucât, față de natura contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit, cerința de *realizare a cash-flowului contractului pentru o perioada de 2 luni, în valoare de minimum 4,9 mil lei*, este de natură a restricționa participarea ofertanților de profil la procedură, o atare cerință neprezentând relevanță în raport cu tipul respectivului contract, critica petentei ... este întemeiată, Consiliul urmând a dispune eliminarea Cerinței nr. 2. a pct. III.2.2) *„Capacitatea economica si financiară”* din fișa de date.

II. Critici vizând cerințe ale caietului de sarcini.

II.1). Toate cele 3 contestatoare critică pct. 8.1. **„Cerinte de raportare”**, subpct. 3 și 4, sub aspectul termenelor de predare a Studiului de Fezabilitate preliminar și, respectiv, a Studiului de Fezabilitate final, susținând că termenele criticate sunt insuficiente pentru a putea elabora un proiect corect, complet si functional, pentru o autostrada de 140 km, în opinia petentelor fiind *„imposibil ca, în termen de 4 luni, sa fie efectuate toate investigatiile de teren (geotehnice, topografice, arheologice etc.), sa fie identificati toti proprietarii, sa fie efectuate consultatii publice, sa fie elaborate proiecte pentru doua variante de traseu, sa fie obtinute si incluse in proiect observatiile JASPERS, AM POST si ale autoritatilor de mediu”*.

În aprecierea realismului fundamentării termenelor criticate, Consiliu are în vedere următoarele aspecte:

- pct. 8.1. *„Cerinte de raportare”* al caietului de sarcini, în partea criticată, conține prevederile: *„Prestatorul va pregati si prezenta urmatoarele rapoarte in cursul sarcinii sale, atat pe suport de hartie cat*

si in varianta electronica editabila, pdf sau alte formate strict specializate: (...) **3. Studiul de Fezabilitate preliminar -3 luni de la incepere.** Studiul de Fezabilitate preliminar va fi predat Beneficiarului in vederea analizarii rezultatelor serviciilor desfasurate de catre Prestator, iar in urma observatiilor primite din partea Beneficiarului, acesta va sta la baza clarificarii si solutionarii oricaror probleme ramase nerezolvate.

4. Studiul de Fezabilitate final – 4 luni de la incepere. La predarea livrabilelor, Prestatorul va respecta structura Studiului de fezabilitate, pe volume, **conform unei structuri propuse minime in Anexa 3.** Acesta va cuprinde urmatoarele:

- Studiul de Fezabilitate final care **va include toate observatiile Beneficiarului, agentiei Jaspers, AMPOST altor autoritati implicate in procesul de aprobare si avizare. Raportului de Audit de Siguranta Rutiera.**

- **Rezultatul consultatiilor publice,** a partilor terte si a autoritatilor de mediu, inclusiv detalii complete pentru toate schimbarile aduse la Proiect

- Avizele, Acordurile, Permisele si alte aprobari obtinute se vor preda pe masura ce se emit, cu predarea unui volum complet impreuna cu Acordul de Mediu si cu documentatiile procedurii de mediu care au stat la baza emiterii Acordului de mediu, in termenul contractual.

Structura minimala a Studiului de Fezabilitate este detaliata in Anexa 3 a acestui caiet de sarcini, pe volume, Prestatorul avand obligatia respectarii acesteia in predarea Studiului de Fezabilitate”.

- ANEXA 3 – „LIVRABILE” a caietului de sarcini, pct. B, precizează conținutul studiului de fezabilitate, astfel: „Prestatorul va respecta structura minimala a Studiului de Fezabilitate conform HG 28/2008 precum si urmatoarea structura minimala, pe volume si sub-volume, conform cerintelor descrise in caietul de sarcini, si in cele ce urmeaza:

IV. Studiul de Fezabilitate

1. SINTEZA-SUMAR-CONCLUZII

- DATE GENERALE

- Denumire obiectiv, Amplasament, titular, beneficiar, investitie,

- Tema de proiectare cu fundamentarea necesitatii si oportunitatii investitiei.

- Structura documentatiei

- Elaborator studiu de fezabilitate inclusiv subcontractanti

2. STUDIUL DE TRAFIC

- Introducere, scop si obiectivele studiului de trafic

- Ipoteze

- Prezentarea conceptului studiului si a modului de lucru/abordării;
Metodologii utilizate, nivel detaliere

- Retea si zonificare

- Prognoza cererii de transport pentru anii 2014, 2024, 2034 si 2044

- Prognoza fluxurilor de circulatie

- Prezentarea modului de culegere a datelor suplimentare (recensăminte de trafic si anchete O-D) si a rezultatelor acestora;

- Prezentarea rețelei de transport utilizate si a atributelor acesteia;

- Prezentarea (referințe la) modelului de transport utilizat;
- Prezentarea scenariilor in detaliu, pe componentele enumerate mai sus: socio-economice, de infrastructura, de politici de transport;
- Prezentarea matricilor O-D agreate pentru coridorul aflat in studiu, la nivel detaliat (pe tip de vehicule, pe tip de utilizatori, pentru situația actuala si cea de perspectiva pe scenarii);
- Prezentarea efectelor implementării Proiectului, prin estimarea efectelor asupra: timpului de calatorie pe categorii de utilizatori; de prezentat timpul in minute de calatorie; viteza de deplasare inainte si dupa implementarea Proiectului, accesibilitatii, consumului de combustibil, emisiilor poluante, ca si: NOx, CO, CO2, HC, PM-10
- Prezentarea fluxurilor de trafic afectate pe rețea grafic si tabelar, in vehicule fizice si etalon, pe tipuri de vehicule si in total;
- Precizarea soft-ului de planificare transport utilizat.

(...)

3. STUDIUL PRIVIND ALTERNATIVE DE TRASEU (...)

(min. 3 variante)

4. INVESTIGATII SI STUDII DE TEREN

- 4.1. Studii hidrologice și hidraulice detaliate
- 4.2. Studii geotehnice detaliate
- 4.3. Studii topografice detaliate
- 4.4. Studiul arheologic
- 4.5. Alte investigatii de sol si materiale
- 4.6. Studii privind ocuparea terenurilor

- Memoriul tehnic;

- **Inventarul de coordonate realizat in sistemul STEREOGRAFIC 1970 si Sistem MAREA NEAGRA 75;**

- **Plan de situatie cu identificarea parcelelor pe categorii de folosinta si incadrare in intravilan/extravilan;**

- **Situatia ocuparilor de terenuri in functie de regimul juridic al acestuia (public/privat);**

- **Situatia in coridorul de expropriere a zonei de siguranta conform OG nr. 43/1997 privind regimul drumurilor;**

- **Situatia includerii in coridorul de expropriere a lucrărilor propuse, inclusiv parcelele de teren afectate de lucrarile de mutare si protejare a utilitatilor publice si parcelele pentru realizarea perdelelor forestiere de protectie, imobile afectate de lucrarile de amenajare peisagistică, refacerea conexiunilor la drumurile locale si accesele la proprietăți, drumuri de întreținere si exploatare respectiv **furnizarea de planuri detaliate cu informatii privind proprietarii;****

- **Studiile pedologice;**

- Raportul de evaluare

5. ACTIVITATI DE PROIECTARE

- 5.1. Lucrări de drum:
- 5.2. Poduri/viaducte, pasaje, podete si ziduri de sprijin
- 5.3. Lucrari de tuneluri
- 5.4. Dotări autostradă
- 5.5. Siguranta circulatiei rutiere

5.6. Planul de operare si întretinere

6. EVALUAREA IMPACTULUI ASUPRA MEDIULUI

7. ANALIZA COST-BENEFICIU SI MODELUL FINANCIAR

8. IDENTIFICAREA RETELELOR SI INSTALATIILOR EXISTENTE

9. ETAPELE DE CONSTRUCTIE SI ASPECTELE DE SANATATE SI SECURITATE;

10. AUTORIZATII AVIZE SI ACORDURI

11. ESTIMARI DE COST

12. RAPORTUL DE AUDIT DE SIGURANTA RUTIERA

13. DOCUMENTATIA DE ATRIBUIRE A CONTRACTULUI DE PROIECTARE SI EXECUTIE

14. RAPORT PRIVIND ASISTENTA ACORDATA BENEFICIARULUI PE TOATA DURATA DE DESFASURARE A PROCEDURILOR DE ACHIZITIE PUBLICA

15. RAPORT PRIVIND PARTICIPAREA IN COMISII DE EVALUARE IN CALITATE DE EXPERTI COOPTATI”;

- în anexele nr. 1-5 la propunerea financiară se menționează, printre altele: lungimea autostrăzii – 140 km; relief – □es; executarea unui număr apreciabil foraje aferente lucrărilor de consolidare, studiilor geo, lucrărilor de drum, lucrărilor de poduri etc.

Se constată astfel că, în raport de termenul de 3 luni, stabilit pentru predarea **Studiului de Fezabilitate preliminar**, prestatorul ar trebui să execute forajele de investigare, analizele de laborator asupra probelor prelevate, exploatarea rezultatelor analizelor și compilarea acestora în contextul lucrării finale, rezultând că stabilirea termenului de predare a SF preliminar și, implicit, a celui final, a fost nefundamentat decisă.

Impunerea unor termene nerealiste pentru finalizarea prestațiilor din cadrul contractului, pe lângă faptul că generează posibilitatea iminentă de prejudiciere a ofertanților, expunându-i la aplicarea rigorilor clauzelor contractuale penalizatoare, este de natura unui risc chiar pentru autoritatea contractantă, care, fie va beneficia de un studiu de fezabilitate netemeinic fundamentat și care astfel nu își va atinge scopul pentru care a fost comandat și plătit, fie va fi nevoită să parcurgă, în mod inutil, o serie de etape litigioase, cu rezultat imprevizibil, posibil chiar dăunător pentru aceasta.

Constatând criticile formulate de către societățile contestatoare ca fiind întemeiate, Consiliul va obliga autoritatea contractantă la rectificarea pct. 8.1. „Cerinte de raportare”, subpct. 3 și 4 din caietul de sarcini în sensul ca termenul de predare a *Studiului de Fezabilitate preliminar să fie stabilit la min. 4 luni de la inceperea contractului, iar cel al Studiului de Fezabilitate final, la min. 6 luni de la începere.*

În raport de susținerile autorității contractante din punctul de vedere conform cărora „in ceea ce priveste Acord de mediu va aducem la cunostinta faptul ca, Ordinul nr. 135/2010 privind aprobarea Metodologiei de aplicare a evaluarii impactului asupra mediului pentru proiecte publice si private prevede etapele necesare parcurgerii procedurii derulate de autoritatea competent de mediu, etape care sunt prevazute a se realiza intr-un termen maxim de 152 de zile. Ordinul nr.

135/2010 nu prevede termene imperative pentru realizarea si depunerea la autoritatea competenta de mediu a raportului privind impactul asupra mediului" rezultă că intervalul de 6 luni rămas la dispoziție pentru obținerea avizelor/acordurilor/autorizațiilor este suficient, fiind posibilă prestarea integrală a serviciilor cu încadrare în durata contractului de servicii, de la 12 luni de la data de începere a contractului.

II.2). Referitor la criticile contestatoarelor referitoare la pct. 4.1.3.8. al caietului de sarcini, prin care s-a impus cerința conform căreia „Prestatorul **este responsabil de a mentine în termenele de valabilitate, orice aviz, acord, permis si orice aprobare si/sau autorizatie** pana la **semnarea contractului de executie lucrari**”, referitor la care petentele susțin că impunerea contestată excede clauzei contractuale privitoare la durata contractului, motiv pentru care s-a solicitat modificarea cerinței criticate, alternativ: fie prin modificarea textului criticat prin impunerea ca prestatorul să mențină, în termenele de valabilitate, orice aviz/acord/autorizatie pana la semnarea contractului de executie lucrari, dar nu mai tarziu de expirarea contractului de servicii, fie prin prelungirea termenului contractual, Consiliul are în vedere conținutul măsurii de remediere nr. 22 din cadrul documentului publicat în SEAP la data de 03.06.2014, cu următorul conținut: „Autoritatea Contractanta propune ca masura de remediere inlocuirea paragrafului de la punctul 4.1.3.8 din Caietul de sarcini, care are urmatorul continut: „Prestatorul este responsabil de a mentine in termenele de valabilitate, orice aviz, acord, permis si orice aprobare si/sau autorizatie pana la semnarea contractului de executie lucrari”, Cu urmatorul paragraf: „Prestatorul are obligatia obtinerii in numele Beneficiarului a avizelor, acordurilor, permiselor, aprobarilor si/sau autorizatiilor in conditiile prevederilor Legii 50/1991 cu modificarile si completarile ulterioare, coroborate cu art. 26, cap.6 din Legea 255/2010 (care prevede urmatoarele: „CertIFICATELE de urbanism, avizele, acordurile, permisese sau autorizatiile sunt valabile pana la finalizarea executarii lucrarilor pentru care au fost eliberate, respectiv pana la eliberarea procesului-verbal de receptie finala a lucrarilor)”, conținut invocat în forma publicată și în punctul de vedere referitor la contestații.

Se constată astfel că, prin măsura de remediere publicată s-a creat un echivoc, în sensul posibilității de interpretare a prelungirii responsabilității elaboratorului SF de menținere în termen de valabilitate a avizelor, acordurilor, permiselor, aprobarilor si/sau autorizatiilor pana la eliberarea procesului-verbal de receptie finala a lucrarilor, respectiv până la epuizarea perioadei de garanției acordată acestora de către un posibil viitor executant.

Într-o astfel de situație, Consiliul se va raporta la următoarele prevederi legale incidente domeniului constituite de NCC, art. 1321-1322 – „**Contractul inceteaza, in conditiile legii, prin executare, acordul de vointa al partilor, denuntare unilaterala, expirarea termenului, indeplinirea sau, dupa caz, neindeplinirea conditiei, imposibilitate fortuita de executare, precum si din orice alte cauze prevazute de lege; La incetarea contractului partile sunt liberate de obligatiile asumate.**

Ele pot fi inasa tinute la repararea prejudiciilor cauzate si, dupa caz, la restituirea, in natura sau prin echivalent, a prestatiilor primite in urma incheierii contractului” și art. 1875 alin. (2) – „Beneficiarul este obligat sa obtina toate autorizatiile cerute de lege pentru executarea lucrarii. In vederea executarii acestei obligatii, antreprenorul trebuie sa coopereze cu beneficiarul, furnizandu-i informatiile necesare pe care le detine sau pe care ar trebui sa le detina in considerarea specializarii sale”.

Este adevărat că art. 26 din Legea nr. 255/2010 privind exproprierea pentru cauza de utilitate publica, necesara realizarii unor obiective de interes national, judetean si local prezintă conținutul invocat de autoritatea contractantă, dar, spre a înlătura orice echivoc, autoritatea contractantă trebuia să precizeze că, odată obținute și predate beneficiarului **„CertIFICATELE DE URBANISM, AVIZELE, ACORDURILE, PERMISELE SAU AUTORIZATIILE SUNT VALABILE PANA LA FINALIZAREA EXECUTARII LUCRARILOR** pentru care au fost eliberate, respectiv pana la eliberarea procesului-verbal de receptie finala a lucrarilor”, astfel cum reglementează textul legal invocat, nefiind necesară impunerea vreunei obligații de menținere a valabilității respectivelor documente de către prestator.

Prin urmare, autoritatea contractantă va fi obligată la rectificarea punctului 4.1.3.8 din Caietul de sarcini, la modul: *„Prestatorul este responsabil de a mentine in termenele de valabilitate, orice aviz, acord, permis si orice aprobare si/sau autorizatie pana la semnarea contractului de executie lucrari, dar nu mai tarziu de expirarea contractului de servicii”.*

III. Cu privire la criticile referitoare la clauzele contractuale obligatorii conținute de proiectul de contract.

III.1). Criticile ... referitoare la clauza 2.1 – *„Titlurile sectiunilor si articolelor din aceste Conditii Generale nu vor fi considerate ca parte a Contractului si nu vor fi luate in considerare in interpretarea Contractului”* în susținerea căroră petenta nu prezintă nicio argumentare din care să rezulte măsura în care o astfel de precizare ar atrage incidența normelor art. 255 din OUG nr. 34/2006, în sensul de a fi contrare legislației în materia achizițiilor publice și de a produce petentei vreo vătămare privitoare la elaborarea/evaluarea ofertei, se vor respinge, ca neîntemeiate, observația contestatoarei fiind de natura unui considerent de ordin personal fără relevanță în derularea procedurii de atribuire.

III.2). Referitor la criticile formulate de către ... cu privire la art. 5.3 din modelul de contract, Consiliul constată că autoritatea contractantă a modificat clauza criticată prin măsurile de remediere postate în SEAP, de maniera: *“Data de începere a Contractului de servicii va fi notificată de către Beneficiar după data intrării în vigoare a Contractului, dar nu mai târziu de 5 zile lucrătoare de la data intrării în vigoare a contractului, sub condiția îndeplinirii integrale și în mod cumulativ a cerințelor prevăzute la art. 5.2 din Contractul de servicii. Până la data specificată în Notificarea Beneficiarului, Prestatorul va fi mobilizat atât din punct de vedere al personalului cât și din punct de vedere al echipamentelor/ utilajelor*

necesare desfășurării activității. Data de începere din notificare nu poate depăși 4 luni de la data emiterii notificării. Beneficiarul este exonerat de orice costuri suplimentare pentru această perioadă".

Prin adoptarea măsurilor de remediere, dar și prin acordul petentei exprimat în punctul de vedere privitor la respectivele măsuri, critica formulată de ... conform căreia „(...) autoritatea contractantă a prevăzut că data intrării în vigoare a contractului va fi în termen de 15 zile calendaristice de la data semnării contractului, dar care nu coincide cu data de începere a contractului, care se situează la un moment ulterior intrării sale în vigoare, **fără precizarea în concret a datei la care beneficiarul urmează a notifica prestatorului data de începere a contractului**”, este rămasă fără obiect, urmând a fi respinsă ca atare, autoritatea contractantă precizând, atât data notificării începerii contractului, dar și perioada maximă de începere a Contractului de servicii de la data notificării.

III.3). Criticile formulate de S.C.S.R.L. privitoare la prevederile art. 5.5 potrivit cărora „Perioada de valabilitate a Contractului se va încheia la epuizarea convențională sau legală a oricărui efect pe care îl produce” se vor analiza în raport de dispozițiile art. 1321-1322 din NCC potrivit cărora: „**Contractul încetează, în condițiile legii, prin executare, acordul de voință al partilor, denunțare unilaterală, expirarea termenului, îndeplinirea sau, după caz, neîndeplinirea condiției, imposibilitate fortuită de executare, precum și din orice alte cauze prevăzute de lege; La încetarea contractului partile sunt liberate de obligațiile asumate.** Ele pot fi însăținute la repararea prejudiciilor cauzate și, după caz, la restituirea, în natură sau prin echivalent, a prestațiilor primite în urma încheierii contractului”, constatându-se că „epuizarea efectelor” contractelor nu este vreo posibilitate legală de încetare a contractului, fapt pentru care Consiliul, constatând că o astfel de prevedere conduce la stabilirea unui cadru contractual nedeterminat sub aspectul valabilității, va dispune eliminarea art. 5.5. din proiectul de contract.

III.4). Consiliul constată că, prin măsurile de remediere postate în SEAP de către autoritatea contractantă, prin care termenul de 30 de zile în care autoritatea contractantă trebuia să emită avizul privind aprobarea/respingerea unui subcontractant, a fost modificat la 10 zile, criticile referitoare la art. 8.2 din modelul de contract, formulate de ... sunt rămase fără obiect.

III.5). În analiza criticilor formulate de către ... și ... privind art. 8.8 – 8.10 din proiectul de contract, prin care se impun rigorile: „8.8 Serviciile încredințate unui subcontractant de către Prestatorul nu pot fi încredințate unor terțe părți de către subcontractant. 8.9 Pe parcursul derulării contractului, Prestatorul nu are dreptul de a înlocui subcontractantii nominalizați în ofertă fără acceptul Beneficiarului, iar eventuala înlocuire a acestora nu trebuie să conducă la modificarea propunerii tehnice sau financiare inițiale. 8.10 Orice schimbare a subcontractantului fără aprobarea prealabilă în scris a Beneficiarului sau orice încredințare a serviciilor de către subcontractant către terțe părți va

fi considerată o încălcare a Contractului de Servicii, situație care îndreptățește Beneficiarul la obținerea de despăgubiri din partea Prestatorului în cuantum de 20% din suma alocată pentru serviciile subcontractate”, Consiliul are în vedere prevederile art. 96 din H.G. nr. 925/2006 potrivit cărora „În cazul în care părți din contractul de achiziție publică urmează să se îndeplinească de unul sau mai mulți subcontractanți, autoritatea contractantă are obligația de a solicita, la încheierea contractului de achiziție publică respectiv, prezentarea contractelor încheiate între viitorul contractant și subcontractanții nominalizați în ofertă. **Contractele prezentate trebuie să fie în concordanță cu oferta** și se vor constitui în anexe la contractul de achiziție publică. (2) Pe parcursul derulării contractului, **contractantul nu are dreptul de a înlocui subcontractanții nominalizați în ofertă fără acceptul autorității contractante**, iar eventuala înlocuire a acestora nu trebuie să conducă la modificarea propunerii tehnice sau financiare inițiale”.

Astfel, Consiliul constată că pretențiile celor două petente de a li se acorda posibilitatea de subcontractare în alte condiții decât cele statuate contravin dispozițiilor legale precitate, în condițiile în care autoritatea contractantă este legal obligată la a impune condiții contractuale referitoare la subcontractanții declarați de prestator, respectiv sancțiuni în cazul nerespectării acestor condiții, fapt pentru care criticile formulate în legătură cu clauzele contractuale antemenționate sun neîntemeiate.

III.6). Consiliul constată rămânerea fără obiect a criticilor formulate de ... referitoare la art. 8.11 și 8.12 din proiectul de contract, deoarece, prin măsurile de remediere postate în SEAP, autoritatea contractantă a eliminat integral clauzele criticate.

III.7). Referitor la criticile privitoare la art. 8.13 – 8.14 din proiectul de contract, se constată că, prin măsurile de remediere publicate în SEAP, autoritatea contractantă a făcut o corectă aplicare a prevederilor O.U.G. nr. 66/2011, în sensul că a restrâns interdicția de a încheia un contract de subcontractare doar la ofertanții declarați necâștigători, subcontractanții și terții susținători, astfel criticile formulate de contestatoare au rămas fără obiect.

III.8) În analiza criticilor formulate de către ... asupra prevederilor art. 10.4 din proiectul de contract potrivit cărora „Prestatorul se va conforma Ordinilor Administrative date de Managerul de Proiect. Cand Prestatorul apreciază că Ordinele Administrative sunt emise cu depășirea competenței Managerului de Proiect ori nu corespund scopului Contractului de Servicii va notifica Managerul de Proiect, sub sanctiunea decăderii, într-un termen de 10 zile de la data primirii Ordinului. Executarea Ordinului Administrativ nu va fi suspendată prin această notificare”, Consiliul are în vedere că, potrivit definiției din contract – „**Managerul de Proiect: persoana fizică sau juridică responsabilă cu monitorizarea implementării Contractului de Servicii în numele Beneficiarului**” este, ca și Prestatorul, un angajat al beneficiarului, fapt pentru care, spre edificarea/informarea beneficiarului asupra unor eventuale litigii dintre managerul de proiect și prestator în scopul

adoptării celor mai adecvate măsuri pentru depășirea unor eventuale diferende cu consecințe negative în prestarea serviciilor, Consiliul va obliga autoritatea contractantă la completarea articolului criticat prin adăgarea posibilității de notificare concomitentă cu managerul de proiect și a beneficiarului.

III.9) Referitor la criticile privitoare la art. 12.2 din proiectul de contract potrivit căroră *„Când Prestatorul sau personalul, experții, agenții sau subordonații săi se oferă să dea, ori sunt de acord să ofere ori să dea, sau dau oricărei persoane, mită, bunuri în dar, facilități ori comisioane în scopul de a determina ori recompensa îndeplinirea ori neîndeplinirea oricărui act sau fapt privind Contractul de Servicii sau orice alt contract încheiat cu Beneficiarul, ori pentru a favoriza sau defavoriza orice persoană în legătură cu Contractul de Servicii sau cu orice alt contract încheiat cu Beneficiarul, Beneficiarul poate decide încetarea Contractului de Servicii conform Articolul ..., fără a aduce atingere niciunui drept anterior dobândit de Prestator în baza Contractului de Servicii”,* Consiliul are în vedere că, în derularea contractelor, buna credință este prezumată, astfel că nu se poate reține o eventuală conduită abuzivă a beneficiarului.

Reținând susținerile autorității contractante, exprimate în punctul de vedere, conform căroră *„(...) instituțiile de control care au atribuții de a verifica contractele de achiziție publică ce au ca sursă de finanțare fondurile nerambursabile sunt acelea care pot constata nevinovăția/vinovăția Prestatorului. Conform prevederilor O.U.G. nr. 66/2011, AM POST va verifica contractul de servicii în virtutea atribuțiilor pe care le are și în situația în care va constata că există indicii de fraudă va informa DLAF care va cerceta dosarul achiziției în baza Legii nr. 61/2011 asupra suspiciunilor de fraudă. (...)”,* Consiliul va respinge criticile formulate în legătură cu clauza contractuală contestată.

III.10). Referitor la criticile formulate de către ... cu privire la prevederile art. 12.5, conținând prevederile: *„Prestatorul și personalul său vor respecta secretul profesional pe perioada executării Contractului de Servicii, inclusiv pe perioada oricărei prelungiri a acestuia, și după încetarea Contractului de Servicii. În acest sens, cu excepția cazului în care se obține acordul scris prealabil al Beneficiarului, Prestatorul și personalul său, salariat ori contractat de acesta, incluzând conducerea și salariații din teritoriu, nu vor comunica niciodată oricărei alte persoane sau entități, nicio informație confidențială divulgată lor sau despre care au luat cunoștință și nu vor face publică nicio informație referitoare la recomandările primite în cursul sau ca rezultat al derulării Serviciilor. Totodată, Prestatorul și personalul său nu vor utiliza în dauna Beneficiarului informațiile ce le-au fost furnizate sau rezultatul studiilor, testelor, cercetărilor desfășurate în cursul sau în scopul executării Contractului de Servicii, cu consecința plății de despăgubiri în cuantum de 5% din Prețul Contractului de Servicii în situația nerespectării acestei obligații”,* Consiliul constată că autoritatea contractantă a impus respectivele despăgubiri ca o garanție împotriva unui eventual comportament necorespunzător al prestatorului în ceea ce privește

informațiile confidențiale despre care ofertanții prestatori au luat cunoștință pe timpul executării contractului.

Întrucât, în raport de importanța informațiilor puse la dispoziția prestatorilor pe timpul derulării contractului de interes național, rezultate din studii, amplasamente, vulnerabilități etc., penalitatea prevăzută nu este disproporționată, Consiliul va respinge criticile petentei, ca neîntemeiate.

III.11). Criticile contestatoarelor ... și ... referitoare la prevederile art. 13.2, se vor analiza de către Consiliu prin raportare la prevederile art. 66 din O.U.G. nr. 34/2006 conform cărora, pe parcursul aplicării procedurii de atribuire, autoritatea contractantă are obligația de a lua toate măsurile necesare pentru a evita situațiile de natură să determine apariția unui conflict de interese și/sau manifestarea concurenței neloiale și cele ale art.69² din același act normativ, care impun obligația autorității contractante de a preciza în fișa de date/invitația de participare/anunțul de participare numele persoanelor ce dețin funcții de decizie în cadrul autorității contractante, concomitent cu obligarea ofertanților de a prezenta o declarație pe proprie răspundere privind neîncadrarea în prevederile art. 69¹ din O.U.G. nr. 34/2006.

De asemenea, Consiliul are în vedere faptul că, în situația ivirii unei situații de conflict de interese, în măsura în care persoana aflată în această situație va fi înlocuită cu alta care îndeplinește criteriile de calificare așa cum acestea au fost solicitate prin documentația de atribuire, autoritatea contractantă nu este vătămată în vreun fel, astfel că nu se justifică plata unei penalități din partea prestatorului.

Prin urmare, se constată că prevederea contractuală este disproporționată, fapt pentru care Consiliul va dispune eliminarea din cuprinsul articolului 13.2 a părții finale constituită de mențiunea: *“În vederea înlăturării oricărui dubiu, Părțile convin că înlocuirea oricărui membru al personalului Prestatorului decurgând dintr-un conflict de interese va fi considerată o nerespectare a obligațiilor contractuale ale acestuia, caz în care acesta va fi obligat la plată către Beneficiar a unei penalități în cuantum de 0,1% din Prețul Contractului pentru fiecare persoană înlocuită. Aceasta nu va aduce atingere dreptului Beneficiarului de a solicita și obține repararea oricăror prejudicii decurgând dintr-un astfel de conflict de interese”*.

III.12). Referitor la criticile formulate de către ... cu privire la prevederile art. 14.2 din proiectul de contract referitoare la impunerea încheierii și menținerii, de către prestator, a unei *polițe de asigurare sau polițe de asigurare cu despăgubire integrală pentru o sumă asigurată care va fi egală cu Prețul Contractului, asigurare care va acoperi în integralitate perioada de prestare a Contractului de servicii, precum și riscul profesional, răspunderea Prestatorului în caz de îmbolnăvire ori accident de muncă al salariaților, incluzând costurile repatrierii pe motive de sănătate etc., sub sancțiunea aplicării unei penalități în cuantum de 200,00 lei pentru fiecare zi de întârziere*, Consiliul constată că, în vederea derulării în bune condiții a contractului, autoritatea contractantă a impus prestatorului încheierea în termen de 15 zile de la semnarea

contractului și menținerea în vigoare pe toată perioada de derulare a contractului, a unei polițe de asigurare sau a mai multor polițe care să acopere riscurile evidențiate în cadrul art. 14.2.

De asemenea, s-a impus ca în termen de 20 de zile de la semnarea contractului, prestatorul să transmită beneficiarului polița sau polițele de asigurare, în original, precum și dovada plății acestora.

În raport de prevederile anexei nr. 1 a Ordinului președintelui ANRMAP nr. 509/2011 conform căroră „Ofertantul trebuie să prezinte dovezi privind asigurarea riscului profesional aferent contractului ce urmează a fi atribuit, numai în situația în care există acte normative ce reglementează o astfel de situație. De exemplu, în cazul serviciilor de proiectare, se solicită asigurarea de risc a proiectantului”, Consiliul constată că impunerea unei penalități de 200,00 lei pentru fiecare zi de întârziere nu este disproporționată, ci este o garanție a autorității contractante că prestatorul va îndeplini obligația de a încheia polița/polițele de asigurare și a le transmite împreună cu dovada plăților către beneficiar, criticile petentei fiind astfel neîntemeiate.

III.13). Privind criticile formulate cu privire la prevederile art. 16.1 potrivit căroră *„Studiul de Fezabilitate și orice rapoarte și date precum: hărți, diagrame, schițe, instrucțiuni, planuri, statistici, calcule, baze de date, software și înregistrări justificative ori materiale achiziționate, compilate ori elaborate de către Prestator sau de către personalul său salariat ori contractat în executarea Contractului de Servicii vor deveni proprietatea exclusivă a Beneficiarului, pe măsură ce sunt produse, dacă nu se prevede altfel. După încetarea Contractului de Servicii, Prestatorul va remite toate aceste documente și date Beneficiarului. Prestatorul nu va utiliza documente și date ale proiectului/Contractului în scopuri care nu au legătură cu Contractul de Servicii fără acordul scris prealabil al Beneficiarului”*, Consiliul se va raporta la dispozițiile art. 1273 alin. (1) din Codul civil – *„Drepturile reale se constituie și se transmit prin acordul de voință al părților, chiar dacă bunurile nu au fost predate, dacă acest acord poartă asupra unor bunuri determinate, ori prin individualizarea bunurilor, dacă acordul poartă asupra unor bunuri de gen”*.

Având în vedere că prevederile contractuale trebuie să protejeze, atât interesele beneficiarului, cât și pe cele ale prestatorului, solicitarea petentei ... apare ca fiind întemeiată, transmiterea dreptului de proprietate a documentelor elaborate de prestator în executarea contractului de servicii, la momentul plății acestora, fiind o garanție a acestuia că autoritatea contractantă își va îndeplini obligațiile referitoare la plata prestațiilor, fapt pentru care se va dispune modificarea prevederilor clauzei criticate, la modul: ***„Studiul de Fezabilitate și orice rapoarte și date precum: hărți, diagrame, schițe, instrucțiuni, planuri, statistici, calcule, baze de date, software și înregistrări justificative ori materiale achiziționate, compilate ori elaborate de către Prestator sau de către personalul său salariat ori contractat în executarea Contractului de Servicii vor deveni proprietatea exclusivă a Beneficiarului odată cu plata serviciilor prestate de Prestator pentru elaborarea respectivelor documente. După încetarea Contractului de Servicii,***

Prestatorul va remite toate aceste documente și date Beneficiarului. Prestatorul nu va utiliza documente și date ale proiectului/Contractului în scopuri care nu au legătură cu Contractul de Servicii fără acordul scris prealabil al Beneficiarului”.

III.14). În legătură cu clauza ce vizează plata daunelor de 5000 euro, prevăzută la art. 16.4 din proiectul de contract, Consiliul are în vedere că autoritatea contractantă a impus respectivele penalități ca o sancțiune a situației în care nu sunt respectate obligațiile prestatorului rezultate din conținutul art. 16.1 – 16.3, respectiv în situația în care acesta „utilizează documente și date ale proiectului/contractului în scopuri care nu au legătură cu Contractul de Servicii fără acordul scris prealabil al Beneficiarului sau va publica articole referitoare la servicii, sau va face referire la aceste servicii în cursul prestării altor servicii pentru terți sau va divulga informații furnizate de Beneficiar, fără acordul scris prealabil al acestuia”, astfel că, în condițiile în care, pe timpul elaborării studiului de fezabilitate, prestatorul intră în posesia unor informații care pot afecta interesul național, obligația de confidențialitate nu poate fi disproporționată, critica ... fiind neîntemeiată.

III.15). Referitor la art. 18.1 din proiectul de contract conținând clauza conform căreia *“Prestatorul trebuie să informeze Beneficiarul cu privire la întreg personalul pe care intenționează să-l utilizeze pentru implementarea Contractului de Servicii, altul decât experții cheie ale căror CV-uri sunt incluse în Anexa IV a Contractului de Servicii. În Anexa I și/sau Anexa II ale Contractului de Servicii se va specifica nivelul minim de pregătire, calificare și experiență al personalului precum și responsabilitățile acestuia, iar acolo unde este cazul și specializarea cerută. Beneficiarul are dreptul să respingă personalul ales de către Prestator”*, Consiliul constată că autoritatea contractantă a prevăzut dreptul său de a verifica și, respectiv, a respinge personalul propus pentru desfășurarea contractului de către prestator, fără a stabili vreun termen în care să transmită această decizie și fără a fi prevăzută și obligația ca decizia de respingere a personalului să fie motivată.

Întrucât, prin arogarea unui drept discreționar ce poate împieta asupra derulării contractului, Consiliul constată caracterul abuziv și disproporționat al clauzei, fapt pentru care va dispune modificarea prevederilor art. 18.1 din contract, după cum urmează: *“Prestatorul trebuie să informeze Beneficiarul cu privire la întreg personalul pe care intenționează să-l utilizeze pentru implementarea Contractului de Servicii, altul decât experții cheie ale căror CV-uri sunt incluse în Anexa IV a Contractului de Servicii. În Anexa I și/sau Anexa II ale Contractului de Servicii se va specifica nivelul minim de pregătire, calificare și experiență al personalului precum și responsabilitățile acestuia, iar acolo unde este cazul și specializarea cerută. Beneficiarul are dreptul să respingă personalul ales de către Prestator în termen de 3 zile de la data primirii notificării, cu motivarea deciziei de respingere”.*

III.16). În analiza criticilor referitoare la prevederile art. 18.4 alin. (2) și alin. (3) din proiectul de contract potrivit căroră *„(2) În situația în care Prestatorul întârzie în mobilizarea personalului după termenul*

stabilit în Notificarea Beneficiarului cu privire la Data de Începere a Contractului (articolul 5.3), Beneficiarul este îndreptățit să diminueze cu 0,1%/zi din onorariul expertului care nu a fost mobilizat, penalitate ce va fi calculată începând de la momentul expirării datei de începere a contractului notificată de către Beneficiar, până la data transmiterii CV-ului expertului de către Prestator. (3) În situația în care expertul propus spre aprobare nu îndeplinește cerințele stabilite în Anexa I - Caietul de Sarcini, Beneficiarul este îndreptățit să diminueze cu 0,1%/zi din onorariul expertului propus inițial la Ofertă, penalitate ce va fi calculată începând cu data la care propunerea a fost respinsă de către Beneficiar până la momentul transmiterii de către Prestator a unei alte propuneri de personal în conformitate cu cerințele stabilite în Anexa I - Caiet de Sarcini. Noua propunere trebuie transmisă de către Prestator în maxim 30 de zile”, Consiliul are în vedere faptul că autoritatea contractantă a prevăzut un termen de 12 luni pentru derularea contractului și termene fixe în care prestatorul să procedeze la predarea Studiului de Fezabilitate Preliminar și a Studiului de Fezabilitate Final, acesta fiind direct răspunzător pentru modul în care mobilizează personalul implicat în derularea contractului și a succesiunii activităților ce urmează a fi desfășurate, astfel încât diminuarea onorariilor apare ca fiind disproporționată în măsura în care autoritatea contractantă nu face dovada producerii unor pagube în situația întârzierii în mobilizarea personalului după termenul stabilit sau a propunerii unui expert care nu îndeplinește cerințele stabilite în Anexa I - Caietul de Sarcini.

În măsura în care autoritatea contractantă considera necesară impunerea unor penalități de natura celor în litigiu, aceasta trebuie să le coreleze cu graficul de prestare a serviciilor aferente obiectului contractului și să impună termene clare în cadrul cărora prestatorul să efectueze mobilizarea/înlocuirea personalului solicitat în Anexa 1 a caietului de sarcini.

Prin urmare, în măsura în care prestatorul este ținut de termenul de prestare a serviciilor asumat prin ofertă sub sancțiunile impuse, iar, conform anexei nr. 1 la Formularul de ofertă, autoritatea contractantă nu va putea efectua plăți aferente serviciilor ce trebuiau derulate de un expert nemobilizat sau neadmis, Consiliul constată că prevederile de genul „diminuare cu 0,1%/zi din onorariul expertului care nu a fost mobilizat” și, respectiv, „diminuare cu 0,1%/zi din onorariul expertului propus inițial la Ofertă în situația în care expertul propus spre aprobare nu îndeplinește cerințele stabilite în Anexa I - Caietul de Sarcini” sunt ambigue, fapt pentru care va dispune eliminarea art. 18.4 alin. (2) și alin. (3) din proiectul de contract.

III.17). Referitor la criticile referitoare la prevederile art. 18.4 alin. (4) potrivit cărora „Pentru toată perioada de la data de începere a contractului notificată de către Beneficiar până la data acceptării de către Beneficiar a noii propuneri transmise de către Prestator pentru schimbarea personalului, costurile suplimentare generate de înlocuirea personalului incumbă Prestatorului”, Consiliul are în vedere că prestatorul are întreaga responsabilitate în ceea ce privește personalul

propus pentru derularea contractului, astfel încât în situația în care este necesară înlocuirea unor persoane care au fost deja aprobată de către beneficiar, în măsura în care vor fi generate costuri suplimentare, acestea vor fi suportate de către ofertantul declarat câștigător.

Prin urmare, Consiliul constată caracterul nefondat al criticilor formulate de ... motiv pentru care le va respinge.

III.18). Cu privire la prevederile art. 18.4 alin. (5) conform cărora *„Beneficiarul poate solicita Prestatorului să desemneze un EXPERT TEMPORAR pentru desfășurarea Contractului de Servicii până la sosirea noului expert sau să ia alte măsuri pentru a compensa absența temporară a expertului. În acest caz, Beneficiarul nu va efectua nici o plată pentru perioada absenței expertului sau a absenței înlocuitorului acestuia”*, Consiliul are în vedere aceleași considerente ca în cazul celor reținute în analiza art. 18.4 alin. (2) și (3), ofertantul fiind direct răspunzător pentru modul în care mobilizează personalul implicat în derularea contractului, inclusiv desemnarea unui expert temporar pentru desfășurarea contractului de servicii până la sosirea noului expert sau de luarea oricăror altor măsuri pentru a compensa absența temporară a vreunuia dintre experți.

Prin urmare, Consiliul va dispune eliminarea mențiunii *“În acest caz, Beneficiarul nu va efectua nici o plată pentru perioada absenței expertului sau a absenței înlocuitorului acestuia”* din cuprinsul art. 18.4 alin. (5), în mod similar urmând a fi modificat și art. 19.6 - prin eliminarea sintagmei *„Indiferent de situație, Beneficiarul nu va efectua nicio plată pentru perioada absenței expertului sau a absenței înlocuitorului acestuia”*.

III.19). În ceea ce privește criticile formulate cu privire la prevederile art. 19.3 și 19.5, pentru aceleași considerente avute în vedere la analiza prevederilor art. 18.4 alin. (5), prestatorul fiind direct răspunzător de modul în care personalul propus își va îndeplini obligații stabilite, precum și de înlocuirea personalului propus, Consiliul va dispune eliminarea în totalitate a art. 19.3 și eliminarea mențiunii *„In caz de respingere, Beneficiarul va fi îndreptatit să solicite Prestatorului, iar acesta va fi obligat la plata unor penalități de întârziere în cuantum de 0,05% pe zi de întârziere din Pretul Contractului care vor curge de la data comunicării respingerii personalului propus și până la data aprobării de către Beneficiar a unor experți propusi de Prestator care să îndeplinească criteriile de calificare prevăzute în Documentația de Atribuire”* din cuprinsul art. 19.5.

III.20). În analiza criticilor referitoare la art. 19.9 din proiectul de contract potrivit cărora *„În situația în care se constată, ulterior semnării contractului, că personalul propus de către Prestator în vederea îndeplinirii obligațiilor contractuale potrivit prezentului contract, este implicat în cadrul altor proiecte ale Beneficiarului, atunci acesta are obligația de a lua măsurile necesare în vederea înlocuirii acestuia. Înlocuirea personalului Prestatorului se va efectua potrivit prevederilor articolului 19 din Contractul de Servicii”*, Consiliul are în vedere că, în clarificarea nr. 2, postată în SEAP la data de 03.06.2014, la întrebarea

nr. 14 - „Conform Fișei de date a achiziției, cap. III.2.3 a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, la Capacitatea profesională, solicitați următorul personal cheie: coordonator de proiect, inginer proiectant drumuri, inginer proiectant poduri, specialist geotehnică și fundații, inginer topograf, expert economist în economia mediului, specialist analiză cost beneficiu și modelare financiară, arheolog și expert evaluator. Va rugăm să clarificați dacă putem folosi același personal cheie la toate procedurile de achiziție publică mai sus menționate”, autoritatea contractantă a răspuns „Având în vedere că dispozițiile legale în vigoare nu interzic acest lucru, în vederea demonstrării cerinței privind capacitatea profesională se acceptă ca aceiași experți să fie propuși în mai multe proceduri de atribuire. Toți experții cheie propuși de ofertanți au obligația prezentării în cadrul ofertei a Formularului nr. 16 "Declarație de disponibilitate" completat și semnat de expert în original. Ofertanții vor avea în vedere respectarea legislației muncii în ceea ce privește angajarea personalului”.

Astfel, Consiliul constată caracterul contradictoriu al prevederilor art. 19.9 și a celor precizate în răspunsul la întrebarea nr. 14 din clarificarea nr. 2, motiv pentru care admite criticile formulate și dispune eliminarea art. 19.9 din modelul de contract.

III.21). În analiza criticilor referitoare la prevederile art. 19.10 din proiectul de contract potrivit căroră „Nerespectarea obligațiilor cu privire la personalul propus în cadrul ofertei, precum și a personalului propus spre înlocuire de către Prestator potrivit prevederilor articolelor din prezentul Contract de servicii va fi considerată o încălcare a prezentului contract întrucât este considerată indicator de fraudă potrivit prevederilor OUG nr. 66/2011 cu modificări și completări ulterioare și poate fi sancționată potrivit prevederilor articolului 292 din Codul Penal”, Consiliul reține ca fiind relevante prevederile O.U.G. nr. 66/2011 și ale H.G. nr. 875/2011 unde, în anexa nr. 1, sunt prezentați indicatorii de fraudă, printre care și cei referitori la costurile suportate cu forța de muncă, motiv pentru care criticile formulate de către ... sunt neîntemeiate.

III.22). Cu privire la criticile referitoare la art. 21.2, Consiliul are în vedere că, prin măsurile de remediere publicate în SEAP de către autoritatea contractantă, a fost eliminată sintagma “Beneficiarul va avea dreptul sa se opună deciziei Prestatorului cu privire la contul bancar”, astfel încât criticile formulate de cele trei contestatoare sunt rămase fără obiect.

III.23). Întrucât prevederile art. 26.2 din proiectul de contract au fost modificate prin măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă, în sensul că s-a înlocuit textul inițial cu prevederea conform căreia: „Beneficiarul, **în termen de 20 zile** de la primirea Rapoartelor sau documentelor menționate în Anexa I - Caietul de Sarcini, va notifica Prestatorului decizia sa cu privire la acestea, cu indicarea motivelor în cazul respingerii Rapoartelor și a documentelor justificative sau al solicitării unor modificări și/sau completări”, Consiliul constată că autoritatea contractantă a prevăzut un termen ferm (20 zile) pentru

notificarea prestatorului cu privire la rezultatul analizei rapoartelor/documentelor pe care acesta le transmite spre aprobare, precum și faptul că notificarea va conține și motivele care au stat la baza eventualei respingeri a acestora.

Astfel, criticile formulate de ... și ... sunt rămase fără obiect.

III.24). Referitor la prevederile art. 27.9 potrivit cărora *„Îndată ce termenul limită de plată a expirat, Prestatorul poate să pretindă o dobândă penalizatoare la nivelul ratei dobânzii de referință aplicate de Banca Națională a României, plus 8 puncte procentuale. Dobânda penalizatoare se va percepe pentru perioada scursă între data termenului limită de plată (inclusiv) și data la care este debitat contul Beneficiarului (exclusiv)”*, Consiliul constată că respectiva clauză a fost impusă cu respectarea dispozițiilor art. 20 alin. (2¹) din Legea privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante nr. 72/2013 conform cărora *„În raporturile dintre profesioniști și între aceștia și autoritățile contractante, dobânda legală penalizatoare se stabilește la nivelul ratei dobânzii de referință plus 8 puncte procentuale”*, criticile formulate de cele două contestatoare mai sus menționate fiind neîntemeiate, autoritatea contractantă nemaifiind debitoare a altor obligații, diferite de cele privind plata serviciilor prestate.

III.25). Cât privește criticile formulate în legătură cu prevederile art. 27.13 din proiectul de contract potrivit cărora *„Părțile cunosc și garantează în virtutea prevederilor Legii nr. 72/2013 cu modificări și completări ulterioare și O.G. nr. 13/2011 cu modificări și completări ulterioare, că relațiile contractuale dintre părți se desfășoară pe principii de egalitate, bună credință și cu respectarea acestor dispoziții legale, înțelegând că nicio clauză a contractului nu este abuzivă prin prisma dispozițiilor legale enunțate”*, Consiliul reține că, în urma măsurilor de remediere adoptate de autoritatea contractantă și a remediilor ce urmează a fi dispuse prin prezenta decizie, se asigură un cadru contractual echilibrat în concordanță cu prevederile legale incidente,

Întrucât principiile ce guvernează relațiile contractuale au fost în mod legal definite, Consiliul constată că orice aprecieri critice cu referire la acestea sunt neîntemeiate.

În referire la criticile ce vizează prevederile art. 27.14 lit. b) conform cărora *„În cazul în care oricare din următoarele evenimente intervine și persistă, Beneficiarul poate suspenda, total sau parțial, plățile datorate Prestatorului în baza Contractului de Servicii, prin intermediul unei notificări scrise adresate Prestatorului:*

(...)

b) orice altă împrejurare pentru care Prestatorul răspunde în baza Contractului de Servicii și care, în opinia Beneficiarului, interferează sau amenință să interfereze cu finalizarea cu succes a Proiectului sau a Contractului de Servicii”, Consiliul constată că autoritatea contractantă nu a detaliat împrejurările în care interferează sau amenință să interfereze cu finalizarea cu succes a contractului, lăsând la libera

apreciere a beneficiarului să stabilească dacă acestea sunt de natură să suspende executarea contractului, motiv pentru care va dispune eliminarea lit. b) a art. 27.14. din proiectul de contract.

III.26). Criticile formulate de ... referitoare la prevederile art. 28.1 și art. 28.4 din proiectul de contract potrivit cărora „Prestatorul va restitui orice sume convenite Beneficiarului și care i-au fost plătite în plus față de valoarea certificată, în 30 de zile de la primirea unei cereri în acest sens” și respectiv „Comisioanele bancare rezultate din restituirea sumelor datorate Beneficiarului vor fi suportate în întregime de către Prestator”, analizate în raport de realitatea derulării acestor tipuri de operațiuni bancare și precizările autorității contractante prin punctul de vedere referitor la contestații - „aceste clauze au fost introduse de către autoritatea contractantă pentru a evita situațiile în care, din diferite motive, anumite sume au fost achitate în plus față de valorile reale care ar fi confirmat stadiul fizic real al îndeplinirii serviciilor. (...)” sunt apreciate ca neîntemeiate.

Astfel fiind, devreme ce la virarea sumelor necuvenite prestatorului, autoritatea contractantă este cea care suportă comisioanele bancare, este normal ca, la restituirea sumelor necuvenite, cel care a beneficiat de uzul acestora o anumită perioadă de timp să suporte comisioanele bancare presupuse de restituirea sumelor bănești în discuție.

III.27). Față de criticile privind art. 29.5 din proiectul de contract conform cărora „Garanția de bună execuție este egală cu 10% din Valoarea Contractului de Servicii, fără TVA și se constituie prin scrisoare de garanție de bună execuție emisă în condițiile legii de o societate bancară sau de o societate de asigurări, în forma prevăzută în Anexa IV a Contractului de Servicii care devine anexă la contract. Scrisoarea de garanție de bună execuție trebuie:

- să respecte integral, fără completări sau modificări, formatul modelului de scrisoare de garanție de bună execuție din Documentația de Atribuire;

- să nu fie condiționată de emiterea unei polițe de asigurare care să fie opozabilă Beneficiarului prin alte documente, respectiv Condiții Generale de Asigurare, Condiții Speciale de Asigurare, Clauza de garantare etc. În situația în care scrisoarea de garanție de bună execuție este emisă de către o societate de asigurări, aceasta va trebui prezentată Beneficiarului însoțită de o adresă din partea Societății de Asigurări prin care aceasta confirmă faptul că, scrisoarea de garanție este valabilă și în vigoare indiferent de prevederile unei polițe de asigurare și că angajamentul societății de asigurare față de Beneficiar va fi exclusiv în baza scrisorii de garanție de bună execuție emisă. Nerespectarea acestor condiții va pune Beneficiarul în situația de a nu accepta scrisoarea de garanție emisă de către o societate de asigurare”, Consiliul reține ca fiind relevante susținerile autorității contractante din de vedere potrivit cărora „(...) polița de asigurare nu reprezintă un instrument de garantare, ci este un instrument de asigurare a unui eventual risc. Instrumentele de garantare sunt reprezentate de scrisoarea de garanție, cecul de călătorie, cambia sau biletul la ordin.

Noțiunea instrument de garantare se referă la garantarea plății și, în conformitate cu definirea instrumentelor de garantare (...) se poate observa că polița de asigurare, certificatul de asigurare sau orice alte documente emise de societățile de asigurări reprezintă instrumente de asigurare și nu instrumente de garantare a plății”.

Astfel, Consiliul reține că solicitarea contestatoarei ... de eliminare a unor prevederi din cuprinsul articolului 29.5 din proiectul de contract este neîntemeiată, impunerea fiind în mod explicit, egal și transparent impusă pentru toți operatorii interesați de participarea la procedura de atribuire.

III.28). În analiza criticilor formulate de către ... și ... cu privire la art. 31.1 și 31.2 din proiectul de contract, prevederi potrivit cărora *„În cazul în care procedura de acordare sau executare a Contractului de Servicii este viciată de erori substanțiale, nereguli sau de fraudă, Beneficiarul va suspenda executarea Contractului de Servicii”, respectiv „În cazul în care asemenea erori substanțiale, neregularități sau fraude sunt imputabile Prestatorului, Beneficiarul poate suplimentar suspendării să refuze efectuarea plăților sau poate proceda la recuperarea sumelor deja plătite proporțional cu gravitatea viciilor, neregularității sau fraudei. În vederea recuperării sumelor plătite necuvenit din asistența financiară nerambursabilă acordată României de Uniunea Europeană și/sau din fondurile de cofinanțare aferente, ca urmare a unor nereguli, Beneficiarul se va îndrepta împotriva Prestatorului în conformitate cu prevederile legale aplicabile în momentul descoperirii faptei”,* Consiliul reține ca fiind relevante apărările autorității contractante potrivit cărora *„articolele menționate nu se referă doar la fraude, ci statuează și situația unor erori substanțiale sau neregularități. Asupra acestor aspecte beneficiarul este cel mai în măsură să se pronunțe și să le constate. (...) Deoarece, sursa de finanțare a contractului de servicii o reprezintă fondurile europene nerambursabile, autoritatea contractantă are obligația de a respecta art. 2 alin. (2) din O.U.G. nr.34/2006 cât și respectarea prevederilor art. 8 alin. (2) lit. b), art. 9, art. 20, art. 27 și art. 30 din O.U.G. nr. 66/2011”.*

Astfel Consiliul constată că, spre a preveni agravarea eventualelor nereguli în derularea contractului, în măsura în care autoritatea contractantă constată că procedura de acordare sau executare a contractului de servicii este viciată prin producerea unor erori, nereguli sau fraude, aceasta este îndreptățită să procedeze la suspendarea executării contractului, motiv pentru care criticile formulate de S.C.S.R.L. și ... sunt neîntemeiate.

III.29). Cu privire la criticile referitoare la prevederile art. 31.3 potrivit cărora *„În cazul în care, din diferite motive este necesară suspendarea contractului de servicii, pe toată perioada suspendării Contractului de Servicii, Beneficiarul nu are obligația de a efectua nici o plată către Prestator”,* Consiliul constată că în condițiile în care autoritatea contractantă, prin măsura de remediere adoptată și publicată în SEAP la data de 03.06.2014, constând în completarea clauzei criticate cu mențiunea *„cu excepția plăților aferente serviciilor prestate anterior suspendării”,* remediere care a satisfăcut integral solicitările celor 3

contestatoare, criticile petentelor sunt rămase fără obiect.

III.30). În analiza criticilor ce vizează prevederile art. 31.4 potrivit căroră „Beneficiarul are dreptul în mod unilateral de a suspenda executarea Contractului de servicii fără ca Prestatorul să fie îndreptățit a solicita orice costuri suplimentare pentru această suspendare. În cazul în care Beneficiarul suspendă executarea Contractului de servicii, durata acestuia se va prelungi cu perioada în care a fost suspendat” și referitor la care petentele ... S.C.S.R.L. și ... apreciază că este nelegală și abuzivă renunțarea la dreptul de a solicita costuri suplimentare pe perioada suspendării contractului, Consiliul reține ca fiind relevante precizările autorității contractante din punctul de vedere potrivit căroră „suspendarea contractului nu produce efecte doar asupra plăților care trebuie efectuate către prestator dar și asupra serviciilor care trebuie prestate pentru beneficiar. (...) o plată pentru un serviciu suspendat, așadar un serviciu neprestat, ar reprezenta o plată nedatorată”.

Astfel, constatând că suspendarea contractului de servicii produce efecte asupra ambelor părți contractante, solicitarea contestatorilor pentru plata cheltuielilor suplimentare pe perioada suspendării contractului este neîntemeiată, în condițiile în care prestatorul nu este obligat la menținerea mobilizării resurselor.

III.31). În ceea ce privește criticile vizând prevederile art. 31.5 din proiectul de contract potrivit căroră „Beneficiarul are dreptul de a modifica perioada de suspendare a contractului în funcție de circumstanțe. În cazul în care perioada de suspendare a Contractului de servicii excede 12 de luni, Beneficiarul are dreptul, în mod unilateral, de a rezilia Contractul”, Consiliul constată că, prin măsurile de remediere adoptate de către autoritatea contractantă și publicate în SEAP, prin care conținutul clauzei a fost modificat de maniera: „Părțile au dreptul de a modifica perioada de suspendare a contractului în funcție de circumstanțe. În cazul în care perioada de suspendare a Contractului de servicii excede 12 de luni, **Părțile** au dreptul de a rezilia Contractul”, criticile petentei S.C.S.R.L. sunt rămase fără obiect, întrucât modificarea perioadei de suspendare și rezilierea contractului nu mai sunt atributele exclusive ale beneficiarului, ci, în egală măsură, funcție de categoriile de interese afectate, fiecare dintre părțile contractante poate iniția demersurile de reziliere a contractului.

III.32). Privind prevederile art. 31.6 din proiectul de contract potrivit căroră „Beneficiarul are dreptul, în mod unilateral, de a suspenda Contractul de Servicii în lipsa existenței alocării financiare, cu informarea prealabilă a Prestatorului”, Consiliul reține ca fiind relevante susținerile autorității contractante din punctul de vedere referitor la contestații conform căroră acest articol are la bază dispozițiile art. ... din Legea nr. 356/2013 a Bugetului de stat pe anul 2014 potrivit căroră „(1) În termen de 30 de zile calendaristice de la aprobarea bugetului de stat, precum și de la aprobarea rectificărilor bugetare anuale, ordonatorii de credite au obligația de a notifica prestatorilor, executanților și furnizorilor valoarea maximă în limita căreia se pot executa lucrări, presta servicii și livra bunuri, valoare calculată ca diferență între creditele bugetare aprobate și

sumele aferente plăților restante, precum și reținerea prevăzută la art. 21 alin. (5) din Legea nr. 500/2002, cu modificările și completările ulterioare.

(2) Ordonatorii de credite au obligația de a întocmi și de a actualiza, după caz, împreună cu prestatorii, executanții și furnizorii, graficele de execuție/livrare, atât fizice, cât și valorice, anexe la contracte, aferente anului 2014, în funcție de valoarea maximă calculată conform alin. (1).

(3) Se interzice ordonatorilor de credite recepționarea de servicii, lucrări și produse peste valoarea maximă calculată și notificată conform alin. (1).

(4) Prevederile alin. (1)–(3) se aplică și operatorilor economici cu capital majoritar de stat/regiilor autonome care beneficiază/derulează prin bugetul propriu sume alocate de la bugetul de stat”.

În condițiile în care clauza criticată este impusă în virtutea unor obligații legale exprese, criticile S.C.S.R.L. sunt neîntemeiate.

III.33). Întrucât, prin măsurile de remediere adoptate de către autoritatea contractantă s-a dispus eliminarea art. 33.2 din proiectul de contract, criticile ... sunt rămase fără obiect.

III.34). Criticile ce vizează prevederile art. 34.3 potrivit cărora „Valoarea penalităților va fi de 0,05%/zi de întârziere din Prețul contractului”, se vor analiza în context cu clauzele 34.1 – “Dacă Prestatorul nu execută Serviciile la termenele stabilite, Beneficiarul este îndreptătit, fără necesitatea vreunei notificări și fără a exclude alte căi de sancțiune din contract, să pretindă penalități pentru fiecare zi, care va trece de la momentul Termenului specificat în Contractul de Servicii (inclusiv Anexa I - Caietul de sarcini) și până la momentul îndeplinirii obligațiilor contractuale asumate” și 34.2 – “Dacă Prestatorul nu prezintă unul sau mai multe rapoarte sau orice alte documente menționate în prezentul Contract, în perioadele specificate în Anexa I Caietul de Sarcini, Beneficiarul va fi îndreptătit, fără a mai fi necesară nicio notificare în acest sens, la sume reprezentând penalități de întârziere, pentru fiecare zi de întârziere, care va trece din momentul termenului de transmitere prevăzut în Anexa I Caietul de sarcini până în momentul efectiv al transmiterii acestor documente”, constatându-se astfel că prevederea art. 34.3 nu contravine dispozițiilor art. 12-14 din Legea privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante nr. 72/2013.

Constatând că autoritatea contractantă a prevăzut aceste penalități pentru a se asigura că prestatorul își va îndeplini obligațiile asumate în ceea ce privește respectarea termenelor de predare a documentelor ce fac obiectul contractului de servicii, criticile formulate cu privire la acest aspect sunt neîntemeiate.

III.35). În analiza criticilor formulate de către ... cu privire la prevederile art. 35.6 din proiectul de contract conform cărora „Beneficiarul va avea dreptul la despăgubiri pentru orice prejudiciu care este descoperit după finalizarea Contractului de Servicii, inclusiv în perioada executării lucrărilor de construcție aferente, în conformitate cu

legea aplicabilă ce guvernează Contractul de Servicii", Consiliul are în vedere că activitățile ce urmează a fi desfășurate de prestator sunt: 1. Elaborarea Studiului de Fezabilitate pentru autostradă, în conformitate cu H.G. nr. 28/2008, cu modificările și completările ulterioare, în conformitate cu cerințele caietului de sarcini și în conformitate cu legislația în vigoare; 2. Pregătirea documentației necesare în vederea transmiterii aplicației de finanțare din Fonduri Structurale pentru proiect; 3. Pregătirea documentației de atribuire pentru contractele de lucrări aferente proiectului etc.

Astfel, în raport de prevederile art. 13 din Legea privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante nr. 72/2013, Consiliul constată că plata despăgubirilor pentru prejudicii descoperite după finalizarea contractului, respectiv după acceptarea de către beneficiar a documentelor elaborate de către prestator, consitue o clauză abuzivă, drepturile și obligațiile părților fiind reglementate pe perioada de derulare a contractului, până la predarea și aprobarea documentelor și efectuarea plăților, motiv pentru criticile formulate sunt apreciate ca fiind întemeiate, iar autoritatea contractantă va fi obligată la eliminarea art. 35.6. din modelul de contract.

III....). Întrucât clauza conținută de art. 39.3 din modelul de contract a fost eliminată prin măsurile de remediere adoptate de către autoritatea contractantă și publicate în SEAP la data de 03.06.2014, criticile ... sunt rămase fără obiect.

Constatând, în părțile relevate, temeinicia criticilor celor trei petente, în temeiul art. 278 alin. (2), (4) și (6) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, pentru considerentele reținute în prezenta motivare, Consiliul va admite, în parte, contestațiile depuse de ... și ... și, în tot, contestația depusă de către ... toate formulate în contradictoriu cu, și va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 11 zile de la primirea prezentei decizii, să procedeze la remedierea documentației de atribuire, termen în care autoritatea contractantă va aduce la cunoștința tuturor operatorilor economici interesați modificările intervenite în cuprinsul documentației de atribuire, prin publicarea acestora în SEAP.

Întrucât documentația de atribuire poate fi remediată fără încălcarea principiilor ce stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, cererile contestatoarelor ... și ... de anulare a procedurii de atribuire se vor respinge, ca neîntemeiate.

Deoarece, modificările documentației de atribuire dispuse de Consiliu, cu referire expresă la prelungirea termenelor contractuale, sunt de natură a influența fundamentarea și elaborarea ofertelor, în considerarea dispozițiilor art. 179 alin. (5) din OUG nr. 34/2006, Consiliu va dispune prelungirea cu 10 zile a datei limită de depunere a ofertelor, calculate față de data publicării măsurilor de remediere a documentației de atribuire.

În raport de dispozițiile art. 273 alin. (2) din OUG nr. 34/2006 potrivit căroră „Până la soluționarea contestației de către Consiliu, participanții în cadrul aceleiași proceduri de atribuire se pot asocia la contestație printr-o cerere proprie care trebuie să conțină toate elementele prevăzute la art. 270 alin. (1)”, cererea ... de asociere la toate contestațiile formulate împotriva documentației de atribuire, se admite doar în ceea ce privește cererile și criticile admise din contestațiile depuse de către ... și ...

Cererile și criticile formulate de aceeași contestatoare care exced celor admise din contestațiile antemenționate se vor respinge, ca inadmisibile, deoarece, prin intermediul cererii de asociere la alte contestații, petenta nu se poate repune în termenul de exercitare a căilor de atac împotriva documentației de atribuire față de care, inițial, a promovat o contestație tardivă.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit art. 280 alin. (3) din OUG nr. 34/2006.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...